

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI

FEDERICO II

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



Dottorato di ricerca in Sistema Penale Integrato e Processo

TESI DI DOTTORATO DI

OLGA TIROZZI

LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA

Direttore della Scuola di dottorato
Ch.mo Prof. Sergio Moccia

Tutor della candidata
Ch.mo Prof. Giuseppe Riccio

Anno 2010 – Ciclo XXII

SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

Giurisdizione penale italiana e diritto europeo.

1.	Considerazioni introduttive.....	6
2.	Dalla cooperazione intergovernativa alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni prevista dal Trattato di Maastricht.....	14
3.	I documenti di programma e le principali realizzazioni del quadro di Maastricht.....	19
4.	Lo spazio di sicurezza, libertà e giustizia nel Trattato di Amsterdam.....	29
5.	Il Consiglio europeo di Tampere ed i documenti di programma.....	32
6.	Il Progetto di Costituzione europea ed il Trattato di Lisbona.....	41
7.	Le influenze del diritto comunitario sui diritti nazionali. L'armonizzazione sostanziale e processuale.....	47
7.1	Segue. Le decisioni in tema di mandato di arresto europeo e mandato di ricerca delle prove.....	50

CAPITOLO SECONDO

Il valore delle norme CEDU nella giurisprudenza europea e della Corte

Costituzionale.

1.	Considerazioni introduttive sulla diversità nel diritto interno del diritto comunitario e Cedu.....	59
----	---	----

2. Dal principio della lex posterior alla prevalenza del diritto comunitario.....	62
2.1 La sentenza Frontini e la teoria dei contro limiti.....	67
2.2 La prevalenza del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: la sentenza Granital.....	73
2.2.1 Segue. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.....	82
2.3 I riflessi di natura penalistica.....	85
3. CEDU e diritto nazionale. Il rango delle norme della Convenzione.....	90
3.1 Le teorie sulla copertura costituzionale della Convenzione.....	93
3.2 Le prime pronunce della Corte Costituzionale.....	96
3.3 La svolta giurisprudenziale con le sentenze 348 e 349 del 2007.....	98
3.4 L'efficacia giuridica delle sentenze della Corte EDU e gli effetti sul giudicato penale.....	104
3.4.1 Segue. Processo contumaciale, violazione delle regole sul giusto processo e restituzione in termini.....	106
3.4.2 Segue. La formazione della prova, regole del giusto processo e rinnovazione del processo.....	109
3.4.3. Segue. Violazione delle regole sul giusto processo e prescrizione del reato.....	112
3.5 L'applicabilità diretta delle norme Cedu.....	115

CAPITOLO TERZO

La circolazione probatoria nell'UE

1.	Profili generali.....	120
2.	Il principio del mutuo riconoscimento.....	122
2.1	Segue.... e la circolazione della prova.....	132
3.	Contraddittorio e regole di ammissione, formazione e valutazione della prova.....	134
4.	L'atto proveniente da un procedimento penale straniero.....	143

BIBLIOGRAFIA

Ovunque si arrivi, l'importante è ricordarsi

a chi si devono certi traguardi.

Alla mia Famiglia

CAPITOLO PRIMO

Giurisdizione penale italiana e diritto europeo.

1. Considerazioni introduttive

Il processo di integrazione europea, nella sua duplice accezione, istituzionale (come nascita della Comunità e dell'Unione) e geopolitica ha per sua natura, prodotto delle ripercussioni sugli sviluppi della criminalità in senso transfrontaliero.

È convinzione diffusa che, da un lato i notevoli progressi in materia di libertà di circolazione verificatisi a partire dagli anni '90 abbiano fatto venir meno forme di controllo utili a contenere la spontanea tendenza del crimine a travalicare i confini nazionali e, che dall'altro, su un piano più generale, la caduta del Muro di Berlino abbia rappresentato un fattore di espansione della criminalità organizzata operante su scala transnazionale, in ambito europeo.

Le dinamiche assunte dalle moderne forme di criminalità organizzata, connotate da un modello organizzativo e da una dimensione sempre più su base transnazionale, consentono di cogliere, da un lato la complessità del tema e, dall'altro, l'importanza che assume la cooperazione giudiziaria internazionale quale momento ineludibile nella lotta al crimine transnazionale.

Si tratta di reati che coinvolgono procedimenti in corso nei singoli ordinamenti, producendo, all'interno di questi ultimi, riflessi giuridici di importanza non trascurabile che necessitano di forme di reciproca assistenza sia in campo investigativo che giudiziario.

Uno degli ostacoli maggiori sottesi all'instaurazione di forme efficaci di cooperazione giudiziaria in campo penale è certamente rintracciabile nella tradizionale concezione della sovranità statale, da sempre poco incline ad accettare forme di limitazione nel campo penale, materia questa che, a stretto rigore rientrava esclusivamente tra le competenze dei singoli Stati¹.

In aggiunta a quanto sopra, deve considerarsi che mediamente la richiesta di assistenza giudiziaria è assistita da una incompleta conoscenza del contesto giuridico del paese al quale è rivolta la domanda stessa, cui fa da pendant una conoscenza parimenti incompleta del paese a sua volta adito, ebbene tale deficit di conoscenza non ha certo giovato alla qualità dell'azione intrapresa complessivamente considerata.

Ciò posto è vera anche la circostanza inversa e cioè che se da un lato i progressi dell'integrazione europea hanno aperto spazi nuovi per attività illegali di varia natura, al tempo stesso, loro tramite, si è data una spinta in senso inverso in termini di accelerazione al processo di integrazione nello specifico settore della lotta alla criminalità, il ruolo del diritto penale all'interno delle istituzioni europee ha subito una profonda trasformazione negli anni, divenendo materia di interesse comune.

Tuttavia, nonostante la creazione di uno spazio geografico e giuridico comune fosse uno degli obiettivi della Comunità economica europea fin dalla sua costituzione (Trattato di Roma del 1957) è solo con l'Atto Unico europeo del 1986

¹ Cfr Grasso, *Prefazione Il Corpus Juris e il progetto di Costituzione per l'Europa*, in *Il corpus Juris 2000. un modello di tutela dei beni giuridici comunitari*, a cura di Grasso e Sicurella, Milano, 2003. p. 2 e ss.

che viene introdotta nel Trattato della Comunità (TCE) una norma secondo la quale entro la fine del 1992 si sarebbe dovuto istituire «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

Con il trattato di Maastricht la cooperazione giudiziaria in materia civile e penale viene inclusa al titolo VI come questione di interesse comune per gli Stati membri dell'Unione europea.

Con il successivo trattato di Amsterdam ne vengono precisati gli obiettivi, segnatamente alla lotta contro la criminalità, mentre la cooperazione giudiziaria in materia civile è associata alla libera circolazione delle persone nell'ambito del trattato che istituisce la Comunità europea.

Questa la genesi per così dire “istituzionale” ma, nonostante ciò, non si può negare che anche prima della firma del trattato di Maastricht del 1992 e, pur in assenza di competenze dirette delle Comunità Europee in materia penale, l'attività della stessa faceva emergere una serie di possibili beni oggetto di tutela, anche in relazione al campo penale.

La questione della protezione anche penale dei beni giuridici della Comunità Europea, unitamente agli effetti diretti e riflessi² che il diritto comunitario produce sui sistemi nazionali ha fatto sì che la materia della cooperazione giudiziaria in campo penale si ponesse al centro dell'attenzione giuridica.

² Cfr Grasso, *Prospettive di uno spazio giudiziario europeo*, in *Indice penale*, 1996, pp. 113-114.

L'ultimo aspetto poc'anzi accennato, gli effetti del diritto comunitario sui singoli diritti nazionali, merita qualche precisazione aggiuntiva.

È un dato di fatto che la normativa comunitaria incide direttamente sulla regolamentazione dei profili sanzionatori, ampliando il catalogo dei beni giuridici meritevoli di tutela, che trovano fondamento, questi ultimi, nell'esistenza stessa nonché nell'attività della Comunità europea.

Bisogna innanzitutto rilevare che il confine tradizionale fissato a limitazione di un legittimo intervento delle istituzioni comunitarie in materia penale risulta ormai, soprattutto alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia³, superato. Dichiarando la legittimità di precetti comunitari che introducono obblighi di penalizzazione (in materia ambientale ma per larga parte estendibili anche in altri settori dell'azione comunitaria) la Corte sancisce la legittimità dell'individuazione di beni giuridici meritevoli di tutela penale da parte del legislatore comunitario nonché la competenza di quest'ultimo ad individuare condotte passibili di sanzione penale.

Un'azione dell'Unione Europea così pregnante nella materia penale ci porta ad indagare in ordine al fondamento di siffatte competenze ed alle condizioni di legittimità di dette attribuzioni, e ciò soprattutto in considerazione dell'assenza di una consacrazione, mediante un'espressa previsione all'interno Trattati istitutivi delle Comunità Europee, di una competenza penale dell'Unione

³ In particolare la sentenza Commissione c. Consiglio del 13 settembre 2005, causa C.176, con la quale la Corte di Giustizia ha annullato, in quanto ritenuta lesiva delle competenze della Comunità la decisione quadro n. 2003/80/Gai recante una serie di vincoli per gli Stati circa la predisposizione di sanzioni di natura penale con riguardo alla violazione della normativa comunitaria in materia ambientale.

Europea. L'assenza di tale previsione associata all'adozione da parte delle istituzioni comunitarie di veri e propri precetti penale configurerebbe una indubbia carenza di legittimazione normativa.

Nel silenzio dei trattati istitutivi circa le modalità ed i limiti di tutela anche penale dei nuovi beni giuridici, unitamente alla necessità di assicurare anche coattivamente il rispetto dei precetti comunitari è intervenuta la Corte di Giustizia. Attraverso soluzioni non poco articolate la Corte ha ridefinito i rapporti tra diritti penali nazionali ed ordinamento comunitario facendo tramontare l'idea dell'intoccabilità dei diritti penali nazionali, in primis facendo leva sulla possibilità/necessità di fare ricorso alle risorse sanzionatorie nazionali anche a tutela dei beni giuridici comunitari.

La casistica è ampia ma il filo conduttore unico, la Corte partendo dal presupposto che il silenzio dei trattati istitutivi non stia a significare una rinuncia alla risposta sanzionatoria, conclude per la scelta in favore di un sistema di tutela mediata degli interessi comunitari⁴.

Le lacune presenti nel sistema comunitario, sprovvisto di adeguati strumenti idonei ad assicurare anche in via coattiva il rispetto delle sue prescrizioni ed il corretto funzionamento dell'ordinamento nel suo complesso risultano, dunque, parzialmente colmate mediante il ricorso agli ordinamenti

⁴ Cfr. Jescheck, *Possibilità e limiti di un diritto penale per la protezione dell'Unione Europea*, in *Ind. Pen.*, 1998, p 229 e ss.

nazionali e dunque alle risposte sanzionatorie (amministrative e penali) da questi predisposte⁵.

Con la nascita della Comunità europea gli Stati, dunque, da un lato hanno inteso delegare alla stessa l'esercizio di determinate competenze nei settori predeterminati, dotando gli atti che questa adotta della capacità di incidere, nei limiti fissati dai trattati stessi, su situazioni soggettive nazionali e, dall'altro, sono stati chiamati in prima linea a mettere il proprio sistema giuridico, ivi compreso quello penale, al servizio delle esigenze di tutela dell'interesse sovranazionale.

Un vero e proprio obbligo che ad oggi troverebbe fondamento nel principio di leale cooperazione o di fedeltà comunitaria così come chiarito all'art 10 TCE⁶. La prima e più importante implicazione connessa all'operare di tale principio è ravvisabile nel coinvolgimento del giudice nazionale il quale si vede investito dell'obbligo di adottare tra le varie interpretazioni astrattamente possibili di una determinata norma quella compatibile con l'ordinamento comunitario e che al contempo assicuri *l'effetto utile* della relativa disciplina essendo tenuto, in caso inverso, a dichiarare d'ufficio l'incompatibilità della norma interna con il diritto comunitario (resta ferma tuttavia la circostanza che l'obbligo di interpretazione conforme, nel campo del diritto penale, in ossequio al principio di riserva di legge, non può comportare l'affermazione di nuove forme di responsabilità ovvero

⁵ Cfr. Jescheck, *Possibilità e limiti di un diritto penale per la protezione dell'Unione Europea*, cit., L. Salazar, *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *Cass. Pen.*, 1992, p 1658 e ss.

⁶ "Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato."

l'aggravamento di preesistenti⁷). L'art. 10 del Trattato, considerato per lungo tempo una mera norma contenente un generico obbligo di buona fede, attraverso le interpretazioni della Corte è stato eretto a fonte autonoma di un generale obbligo di risultato.

Gli incisivi condizionamenti al legislatore nazionale che scaturiscono da quanto su esposto si sommano ai vincoli che scaturiscono da quelle ipotesi di intervento diretto degli organi comunitari sui contenuti dell'esercizio del potere legislativo nazionale in campo penale.

Una rapida ricognizione della normativa comunitaria in vigore consente di individuare una serie di beni giuridici per i quali si sono da tempo registrate sempre più pressanti esigenze di tutela.

Tali beni possono essere distinti in due categorie. Da un lato si pongono gli interessi propriamente istituzionali in quanto collegati all'esercizio dei poteri sovranazionali della Comunità Europea. Si pensi all'esercizio della funzione pubblica comunitaria ovvero all'esercizio della funzione giudiziaria ad ai valori collegati quali l'imparzialità e la fedeltà dei funzionari, beni tutelati, all'interno del diritto penale nazionale, attraverso la previsione di autonome fattispecie criminose quali quelle previste nel capo dedicato ai reati commessi dal pubblico ufficiale nei confronti della pubblica amministrazione. Ancora si pensi al funzionamento dell'ordinamento giuridico comunitario nel suo complesso ed alla necessità di tutelarlo da aggressioni che potrebbero provenire dall'esterno quali

⁷ Corte di Giustizia, 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, in Racc., p. 6637.

ad esempio le fattispecie criminose che nel nostro ordinamento penale vengono previste al capo dedicato ai reati dei privati contro la pubblica amministrazione.

Dall'altro lato altro settore di interesse è costituito dall'esercizio dell'attività normativa da parte della Comunità e ciò, ad esempio, in tema di libera concorrenza, di tutela del consumatore, in materia ambientale.

Quanto sopra, unitamente all'espansione del crimine transnazionale ha fatto emergere la necessità di riforma dei ormai desueti meccanismi di cooperazione politica.

Il moltiplicarsi degli studi di settore e delle questioni afferenti ciò che comunemente viene etichettato "diritto penale europeo" rivelano la crescente sensibilità verso un fenomeno che non molti anni fa veniva ritenuto di importanza marginale, e che non può negarsi ormai coinvolga l'ordinamento penale nel suo complesso riflettendo il mutato paradigma della società contemporanea. Per affrontare gli aspetti giuridici del fenomeno dell'integrazione europea, con le conseguenze che comporta nell'ambito specifico del diritto penale, è necessario accennare alle novità introdotte dai recenti trattati comunitari, strettamente connessi ad altri aspetti storici ed economici che saranno considerati nella misura ritenuti indispensabili per la comprensione dei problemi giuridici inerenti alla nostra indagine

2. Dalla cooperazione intergovernativa alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni prevista dal Trattato di Maastricht.

Negli ultimi anni si è registrata una profonda trasformazione del ruolo del che il diritto penale ha assunto all'interno delle istituzioni europee e parimenti si è fatta strada l'importanza ed il ruolo della cooperazione in campo penale al fine di assicurare, all'interno dell'Unione uno spazio condiviso di giustizia. I primi passi in avanti significativi in tema di cooperazione risalgono all'adozione del Trattato di Maastricht tuttavia, anche prima di esso, si registrano tendenze in tal senso soprattutto in campo politico.

I primi atti di cooperazione giudiziaria in materia penale sono stati elaborati nell'ambito del Consiglio d'Europa (ne sono un esempio le convenzioni del 1957 in tema di estradizione e quella del 1959 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale).

Una prima significativa svolta si ebbe con l'Atto unico europeo concluso nel 1986 (reso esecutivo in Italia con L. 909/1986), con il quale l'obiettivo della libera circolazione delle persone venne inserito tra gli elementi costitutivi del mercato unico, operando in tal modo un trasferimento di competenze, per tale settore, in favore della Comunità europea.

L'affermazione di principio contenuta nell'Atto unico divenne, dunque, obiettivo prioritario che indusse gli stati a costituire un Gruppo intergovernativo (nel primo semestre del 1985 su iniziativa dello stato italiano), indagare in ordine ai meccanismi di della cooperazione giudiziaria tra gli stati membri al fine di

perfezionare gli eventualmente già esistenti ovvero di elaborarne dei nuovi, laddove necessario.

Intento comune ebbero l'accordo di Schengen del 1985 e la Convenzione di esecuzione del 1990 (riconosciuta come il primo esempio di cooperazione rafforzata) che ebbero il merito di promuovere la cooperazione tra le forze di polizia e le amministrazioni doganali.

Storicamente, però, è con il trattato di Maastricht che gli Stati affermano espressamente la volontà di condividere principi comuni quali la libertà, la democrazia, ed il rispetto dei diritti dell'uomo. Alla base dell'adozione dello stesso è ravvisabile un ampio progetto politico teso al rafforzamento dell'integrazione economica ed al perseguimento di obiettivi politici comuni sottesi alla costruzione di un blocco unico di Stati, dotato di una politica istituzionale ed economica convergente. Sul piano politico istituzionale ciò avrebbe significato maggior competitività a livello mondiale, sia dal punto di vista economico che politico, guadagnando, attraverso l'unione tra gli stati, maggiore autorità politica rispetto alle grandi potenze mondiali, America e Russia.

Si è discusso a lungo sul suo scopo, sulle modalità di costruzione europea e sono emerse diverse perplessità circa la concezione del progetto di integrazione.

Entrando nel merito delle questioni poste, il Trattato, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il primo novembre del 1993, deriva da un difficile compromesso tra l'esigenza di raggiungere una maggiore integrazione a livello europeo e di superare le forti tendenze nazionalistiche e la volontà da parte delle singole nazioni di mantenere la propria autonomia.

Alla sua nascita hanno contribuito diversi fattori sia esterni e che interni.

Il crollo del Comunismo nell'Europa orientale e l'unificazione tedesca da un lato, affiancate, sul piano interno, dalla volontà degli Stati membri di porre in essere altre riforme che fossero in grado di estendere anche in altri settori i progressi realizzati con l'Atto unico europeo.

I punti principali alla base del progetto di integrazione europea che ha poi condotto alla firma di Maastricht erano: la costituzione di un'unione economica e monetaria con l'adozione di una moneta unica, istituzioni politiche comuni, sviluppo della dimensione sociale della Comunità.

Tali elementi hanno indotto a convocare due conferenze intergovernative, una per l'UEM e l'altra per l'unione politica.

Su incarico del Consiglio europeo un gruppo di esperti presieduto da Jacques Delors, stilò una relazione che sintetizzava le tappe da percorrere verso l'unione economica alla quale seguirono due ulteriori conferenze intergovernative, i cui lavori sono culminati un anno dopo nel vertice di Maastricht.

Superando definitivamente l'originario obiettivo della Comunità, ossia la realizzazione di un mercato comune, e, riaffermando la sua vocazione politica, Maastricht consegue diversi obiettivi essenziali in primis quello di rafforzare la legittimità democratica delle istituzioni rendendole più efficaci le istituzioni, in secondo luogo l'instaurazione di un'unione economica e monetaria, oltre ad uno sviluppo della dimensione sociale della Comunità e l'istituzione di una politica estera e di sicurezza comune.

Il trattato da un punto di vista formale si presenta con una struttura complessa. Esso è suddiviso in sette titoli. Il primo contiene alcune disposizioni comuni alle Comunità, alla politica esterna comune e alla cooperazione giudiziaria individuandone obiettivi e principi di struttura (artt. A-F). I tre titoli successivi contengono le disposizioni che modificano rispettivamente i trattati istitutivi della CEE, della CECA e della CEEA (artt. G-I). Il titolo V ed il titolo VI introducono le disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune (PESC - artt. J- J11) ed alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (JAI -artt. K-K9). Il settimo detta, invece, le disposizioni finali.

La complessità della struttura, la volontà degli stati aderenti che, anche da un punto di vista contenutistico, hanno inteso raggruppare in un documento unico la disciplina giuridica delle differenti forme di cooperazione internazionale cui sono vincolati, ampliando il novero delle materie oggetto di cooperazione istituzionale nonché approfondendo i vincoli cui gli stessi risultano obbligati.

Con il trattato di Maastricht nasce l'Unione Europea, costituita da tre pilastri: il primo rappresentato dalle Comunità europee ovvero dai settori nei quali gli Stati membri esercitano congiuntamente la propria sovranità attraverso le istituzioni comunitarie e secondo il processo del metodo comunitario. Il secondo in tema di politica estera e di sicurezza comune che, sostituendo le disposizioni contenute nell'Atto unico europeo consente agli Stati membri di avviare azioni comuni in materia di politica estera prevedendo un processo decisionale intergovernativo, che fa ampiamente ricorso all'unanimità. Infine il terzo dedicato alla cooperazione di polizia ed a quella giudiziaria in materia penale. Quest'ultimo

riguarda la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (GAI), prevista al titolo VI del trattato sull'Unione europea. Lo stesso costituisce la rappresentazione dell'affermazione di principio che gli stati devono operare congiuntamente all'interno dell'Unione, al fine di garantire ai cittadini un livello elevato di protezione in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

La principale innovazione è ravvisabile nell'inserimento, per la prima volta, della cooperazione fra gli stati nel settore della giustizia e degli affari interni nel quadro istituzionale della comunità.

Se dal piano formale e strutturale si passa alla dimensione reale si deve osservare che l'intero titolo sesto, disciplinando un settore che fuoriusciva dalle competenze comunitarie in senso stretto, non era capace di per sé di raggiungere gli obiettivi prefigurati. In primis gli strumenti normativi utilizzabili dalle istituzioni comunitarie nell'ambito delle materie ricomprese al terzo pilastro erano interamente affidati al Consiglio che, come regola generale fatte salve alcune eccezioni, poteva deliberare esclusivamente all'unanimità. Quest'ultimo poteva (art. K3) adottare posizioni comuni e promuovere ogni forma di cooperazione utile al conseguimento degli obiettivi, adottare azioni comuni nella misura in cui in base al principio di sussidiarietà esse fossero giustificabili, elaborare convenzioni e raccomandare agli stati l'adozione delle stesse attraverso l'approvazione di norme costituzionali.

Non era consentita l'adozione degli strumenti tipici del diritto comunitario ovvero regolamenti, direttive e decisioni. A riprova di ciò la circostanza che l'art. K9 pur richiamando espressamente alcune disposizioni contenute nei trattati in

tema di funzionamento degli organi comunitari, non faceva alcun riferimento all'art 189 del trattato Ce (divenuto 249 con il Trattato di Amsterdam) che individua nelle direttive, nei regolamenti e nelle decisioni gli strumenti normativi tipici delle istituzioni comunitarie.

Ulteriore conseguenza derivante dal riferito inquadramento era l'impossibilità per la Corte di Giustizia di esercitare qualsiasi giurisdizione in tale settore.

L'unica eccezione a tale assetto normativo era disciplinata all'art K9 del trattato. In base a tale norma, infatti, il Consiglio deliberando all'unanimità su iniziativa della Commissione o di un altro stato membro poteva decidere il passaggio (a ciò è dovuto il nome "passerella") dalla sede della cooperazione intergovernativa alla sede dell'attività istituzionale comunitaria, delle materie indicate nei punti da 1 a 6 dell'art K1 (politica di asilo; libera circolazione dei cittadini, immigrazione, circolazione dei cittadini di paesi extracomunitari, diritto di soggiorno dei cittadini di paesi extracomunitari, tossicodipendenza, frode, la cooperazione giudiziaria in materia civile).

3. I documenti di programma e le principali realizzazioni del quadro di Maastricht

All'indomani dell'adozione del Trattato Maastricht la risposta dell'opinione pubblica fu di disaffezione se non addirittura di ostilità verso il processo di integrazione europea. L'opinione pubblica appariva più interessata

alle condizioni di vita nelle rispettive realtà nazionali piuttosto che al riconoscimento di ulteriori diritti verso altri stati membri, anzi, il processo di integrazione europeo veniva visto come un fenomeno con dei risvolti negativi all'interno delle singole realtà nazionali, come la causa di fenomeni quali disoccupazione, immigrazione clandestina e criminalità transnazionale. Al fine di condurre avanti il processo di integrazione europeo dopo questa prima fase iniziale di rallentamento si fece leva sulla necessità di approntare, all'interno del quadro dell'Unione un'adeguata risposta ai bisogni di sicurezza dei cittadini dell'Unione, gli strumenti giuridici che vennero adottati possono essere distinti in tre gruppi, quelli in tema di cooperazione che potremmo definire tradizionale, quelli che tesero invece al riavvicinamento e quelli che invece fecero leva sulla cooperazione tra le varie autorità giudiziarie.

Quanto al primo gruppo di interventi si è detto che gli stessi seguirono le linee classiche di cooperazione appartengono a questo gruppo la Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione, basata sulla convenzione del 1957⁸, la Convenzione di estradizione del 1996⁹ relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea, che integra le convenzioni del 1957, sull'extradizione e del 1977, sulla repressione del terrorismo, estendendo la sfera di applicazione della procedura di estradizione. Il progetto di convenzione sull'assistenza in materia di repressione presentato nel 1996 per completare la

⁸ Convenzione adottata il 10 marzo 1995 e pubblicata in GUCE n. C 78 del 30 marzo 1995.

⁹ Convenzione adottata il 27 settembre 1996 e pubblicata in GUCE n. C 313 del 23 ottobre 1996.

convenzione del Consiglio d'Europa del 1959 ed estendere l'assistenza reciproca tra le autorità giudiziarie e ammodernare i metodi esistenti.

Il secondo gruppo di interventi è costituito da un riavvicinamento normativo attraverso il quale gli Stati, seppur ancora in forma embrionale, cominciarono attraverso lo strumento della convenzione intergovernativa ad introdurre forme di armonizzazione del diritto penale sostanziale. Costituiscono un esempio di tale tendenza gli interventi in materia di frode e di corruzione nell'Unione europea. Si ricordi la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 1995¹⁰, adottata con l'intento di assicurare nel campo della lotta alle frodi una previsione punitiva che disponesse in termini analoghi, sotto il profilo sostanziale e procedurale, a quanto sancito dall'ordinamento nazionale per le violazioni del diritto interno simili per natura e per importanza laddove le norme penali interne poste a salvaguardia degli interessi finanziari di natura pubblicistica dello Stato, per loro natura, non sono automaticamente estensibili alla protezione del patrimonio economico-finanziario delle Comunità. Ancora, la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti i funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea del 1997¹¹. Quest'ultima, in particolar modo, si è resa necessaria alla luce della circostanza che prima della stessa il diritto penale di gran parte degli Stati membri non prevedeva la perseguibilità di condotte di corruzione rivolte nei confronti di funzionari di altri Stati membri o delle

¹⁰ Convenzione adottata il 26 luglio 1995 e pubblicata in GUCE n. C 316 del 27 novembre 1995.

¹¹ Convenzione adottata il 26 maggio 1997 e pubblicata in GUCE n. C 195 del 25 giugno 1997.

Comunità europee e ciò anche nel caso in cui tali condotte venissero poste in essere all'interno del proprio territorio o da parte di un proprio cittadino, si trattava di un vero e proprio vuoto normativo, la cui lacuna è stata colmata attraverso la Convenzione in parola.

Oltre a questi strumenti giuridici, nel 1997 il Consiglio europeo di Amsterdam ha approvato un Piano d'azione contro la criminalità organizzata¹² contenente quindici orientamenti politici e trenta raccomandazioni specifiche destinate a rafforzare la cooperazione giudiziaria, ravvicinare le norme giuridiche, come previsto dal nuovo trattato, ed affrontare alcuni problemi orizzontali (protezione dei dati, paradisi fiscali, prevenzione della criminalità, assistenza alle vittime e patto di preadesione per lottare contro la criminalità organizzata nei paesi dell'Europa centrale e orientale).

A ben vedere il Piano costituiva una sorta di anticipazione delle riforme che sarebbero poi successivamente state adottate con il trattato di Amsterdam. Le stesse, infatti, oltre a *raccomandare* agli Stati di dare rapida attuazione alle convenzioni in tema di cooperazione già adottate, rappresentarono anche una forma di copertura politica per la prosecuzione e l'intensificazione del processo di armonizzazione del diritto penale dei singoli Stati membri anche se tale obiettivo non era espressamente contemplato nell'art K1 del trattato di Maastricht.

Il Piano poneva l'accento sul ruolo e sull'importanza della cooperazione in campo giudiziario che, per il gruppo di esperti incaricato della sua redazione, doveva raggiungere un livello analogo a quello della cooperazione tra forze di

¹² Il Piano di Azione è stato adottato dal Consiglio il 28 aprile del 1997 e pubblicato in CUGE n. C 251 del 15 agosto 1997.

polizia pena, in caso inverso, una distorsione del sistema. Nell'ottica di approccio integrato nella lotta alla criminalità organizzata si concentrò l'attenzione alle diverse fasi del ciclo del crimine dalla prevenzione, alla repressione e al perseguimento dei reati ivi compresa la necessità che l'Unione disponesse di strumenti adeguati a prevenire il fenomeno della criminalità organizzata.

Il Piano tuttavia presentava alcune lacune importanti, sottolineate nella successiva relazione redatta dal Parlamento Europeo, in primis con la sua adozione non venne risolta la questione strutturale più importante, ossia quella inerente l'opportunità di impostare in futuro la lotta alla criminalità nel senso di un'armonizzazione dei principali reati e delle principali disposizioni di procedura penale. Le motivazioni di una tale incertezza in ordine al processo di armonizzazione erano di ordine politico. A conferma di ciò, sempre nella relazione del Parlamento Europeo, si faceva genericamente cenno ad una difficoltà di armonizzare, argomentata in termini di limitazioni di sovranità, in risposta alla quale occorreva, nel breve periodo ed al fine di evitare che la criminalità organizzata prendesse il sopravvento, assicurare una maggiore cooperazione fra gli Stati membri pur mantenendo le differenze esistenti tra gli ordinamenti penali nazionali.

L'obiettivo dell'armonizzazione restava presente solo in quei settori in cui il pieno ricorso alle possibilità di cooperazione tra gli Stati membri non avrebbe dato risultati soddisfacenti.

Mancava dunque una reale volontà di procedere verso incriminazioni comuni che comportassero per la loro stessa natura la rinuncia a concetti consolidati all'interno delle tradizioni giuridiche nazionali.

Ciò nonostante alcune tra le prime azioni comuni che scaturirono dall'approvazione del Piano si discostarono da tale tendenza, quasi a voler testimoniare che l'esigenza di perseguire forme di armonizzazione non più minimali era in via crescente. Ne costituisce esempio l'azione comune diretta all'incriminazione di condotte di appartenenza ad un'organizzazione criminale¹³ che invita gli Stati membri dell'Unione ad introdurre il reato di associazione di stampo mafioso, già previsto dal nostro codice penale all'articolo 416bis. La stessa rappresenta una tappa importante nel coordinamento della lotta alla criminalità in quanto, per la prima volta a livello comunitario, viene fornita una definizione uniforme di organizzazione criminale, individuata, quest'ultima in una *“associazione strutturata di più di due persone, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con pene di almeno quattro anni di reclusione, reati che costituiscono un fine in sé ovvero un mezzo per ottenere profitti materiali e, se del caso, per influenzare indebitamente l'operato delle pubbliche autorità”*.

Altro esempio di azione diretta a perseguire forme di riavvicinamento ed armonizzazione dei sistemi penali è quella adottata nel 1998 in tema corruzione attiva e passiva dei soggetti operanti nel settore privato¹⁴ (abrogata dalla

¹³ Azione comune del 21 dicembre 1998 n. 98/733/GAI. GUCE 29 dicembre 1998.

¹⁴ Azione comune del 22 dicembre 1998 n. 98/742/GAI. GUCE 31 dicembre 1998.

successiva decisione quadro del Consiglio nel 2003 ¹⁵⁾ che prevedeva un dovere di penalizzazione a carico degli Stati *“almeno”* nel caso di potenziale *“distorsione della concorrenza nell’ambito del mercato comune”* e di potenziali *“danni economici a terzi attraverso una non corretta aggiudicazione o una non corretta esecuzione del contratto”*. L’evento di danno o di pericolo inteso nell’accezione giuridica di offesa al bene tutelato non era considerato, nella costruzione della norma incriminatrice statale, elemento indefettibile.

Ulteriore esempio, l’azione comune in tema di denaro e sull’individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, adottata dal Consiglio in base all’articolo K3 del Trattato sull’Unione europea”.¹⁶ Quest’ultima si compone di 9 articoli e riguarda principalmente la cooperazione internazionale nei procedimenti di confisca, disponendo, anzitutto, che gli Stati membri devono garantire il non accoglimento di riserve sulla Convenzione del Consiglio d’Europa del 1990. L’Azione comune prevede poi che ciascuno Stato membro garantisca che la sua

¹⁵ L’art. 2 della decisione quadro rubricato “corruzione attiva e passiva nel settore privato” stabilisce al primo paragrafo che gli Stati membri hanno l’obbligo di incriminare allorché siano compiute nell’ambito di attività professionali le seguenti condotte:

a) promettere, offrire o concedere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura ad una persona, per essa stessa o per un terzo, che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un’entità del settore privato, affinché essa compia o ometta un atto in violazione di un dovere; e poi

b) sollecitare o ricevere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, oppure accettare la promessa di tale vantaggio, per sé o per un terzo, nello svolgimento di funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un’entità del settore privato, per compiere o per omettere un atto, in violazione di un dovere.

Il successivo paragrafo 3 stabilisce che uno Stato membro può dichiarare di volere limitare l’ambito di applicazione del paragrafo 1 alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all’acquisizione di beni o servizi commerciali. In ogni caso la distorsione della concorrenza – quale elemento della fattispecie da costruire nei singoli ordinamenti nazionali rimane, come nell’azione comune, solo eventuale.

¹⁶ Azione comune del 3 dicembre 1998 n. 98/699/GAI. GUCE 9 dicembre 1998.

legislazione e le sue procedure in materia di confisca gli consentano di confiscare la proprietà di beni sia nei procedimenti nazionali, sia in quelli attivati su richiesta di un altro Stato membro, comprese le richieste di confisca straniera. Ogni Stato membro (art. 2) appronta una guida con cui indica in che modo sia possibile ottenere informazioni nel quadro del funzionamento della rete giudiziaria europea. Inoltre, ogni Stato membro accorda alle richieste di individuazione, rintracciamento, congelamento, sequestro e confisca degli altri Stati la stessa priorità che accorda a tali misure nell'ambito delle procedure nazionali. Vanno inoltre incoraggiati i contatti diretti tra inquirenti, magistrati inquirenti e pubblici ministeri (art. 4); infine gli Stati membri devono adottare provvedimenti necessari a ridurre al minimo il rischio di "dissipazione dei proventi" (art. 5). L'Azione comune è stata poi rafforzata attraverso l'adozione, da parte del Consiglio dell'Unione europea, di una Decisione quadro il 26 giugno 2001.

Quanto al terzo gruppo di interventi, oltre a quelli già citati in tema di cooperazione tradizionale e di riavvicinamento normativo, lo stesso è costituito da forme innovative di cooperazione tra le varie autorità giudiziarie.

Il primo esempio di interventi di questo tipo è rappresentato dall'azione comune del 1996,¹⁷ adottata su iniziativa italiana, volta a stabilire un quadro per lo scambio di magistrati o funzionari particolarmente esperti in procedure di cooperazione giudiziaria, noti come magistrati di collegamento, sulla base di accordi bilaterali o multilaterali tra gli Stati membri. La ratio sottesa all'adozione di questa misura è quella di rendere più efficace la cooperazione giudiziaria tra gli

¹⁷ Azione comune del 22 aprile 1996 n. 96/277/GAI. CUGE 27 aprile 1996.

Stati membri dell'Unione europea, nonché di agevolare la comprensione reciproca dei diversi sistemi giuridici e giudiziari.

Proseguendo su questa linea e sempre in ottemperanza al Piano di azione del 1998 su citato venne adottata l'azione comune sull'istituzione della Rete Giudiziaria Europea.¹⁸ Suo tramite è stata realizzata una vera e propria rete di punti di contatto giudiziari tra gli Stati membri. Tale Rete è composta dalle autorità centrali responsabili della cooperazione giudiziaria internazionale, nonché da tutte le autorità che vantano conoscenze specifiche in alcuni, particolari, settori quali il narcotraffico, la corruzione o il terrorismo. La rete opera facilitando l'istituzione di adeguati contatti tra tali autorità, organizzando, ad esempio, riunioni periodiche o fornendo in tempi brevi, informazioni sempre aggiornate, costituendo uno strumento più adeguato ai bisogni di cooperazione rispetto ai magistrati di collegamento.

Accomunata nell'intento a tali interventi anche l'azione comune in tema di mutua valutazione¹⁹ e quella sulle buone prassi²⁰. La prima istituì un meccanismo di valutazione dell'applicazione e dell'attuazione a livello nazionale degli impegni internazionali in materia di lotta contro la criminalità organizzata, la seconda, invece, conteneva un catalogo di intenti che ciascuno Stato si impegnavano a realizzare nell'ottica di migliorare l'aspetto pratico della cooperazione giudiziaria.

I risultati raggiunti con gli strumenti su elencati emanati in seguito al Piano di Azione del 1998 incoraggiarono gli Stati a proseguire con la tecnica del

¹⁸ Azione comune del 29 giugno 1998. CUGE 7 luglio 1998.

¹⁹ Azione comune del 5 dicembre 1997. CUGE 15 dicembre 1997.

²⁰ Azione comune del 29 giugno 1998. CUGE 7 luglio 1998.

Piano di Azione tant'è che in occasione del Consiglio di Vienna del 1998 ed in vista dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam venne adottato un nuovo Piano di Azione²¹.

Il nuovo Piano definì gli obiettivi prioritari dell'Unione nel quinquennio 1998-2003 ed un calendario di provvedimenti tesi alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia previsto dal Trattato di Amsterdam, il suo obiettivo principale fu, dunque, quello di assicurare la libera circolazione delle persone garantendone al tempo stesso la sicurezza mediante la lotta alla criminalità organizzata.

Per quanto riguarda la cooperazione giudiziaria in materia penale, nel Piano viene indicato l'impegno all'adozione di specifiche misure per agevolare la mutua assistenza tra le autorità nazionali, l'estradizione tra gli Stati membri ed il mutuo riconoscimento delle decisioni nonché l'esecuzione delle sentenze.

Altro aspetto importante è il tema del ravvicinamento delle norme di diritto penale. Nel Piano si fa riferimento alla necessità di assicurare, nella misura necessaria al miglioramento della cooperazione giudiziaria, la compatibilità delle norme applicabili fra Stati membri ricercando, altresì, norme procedurali più efficaci. L'accento fu posto sulla necessità di migliorare ed eventualmente riavvicinare le disposizioni nazionali in tema di sequestro e confisca dei proventi di reato, nonché sulla necessità di individuare un quadro di norme minime che fissasse gli elementi costitutivi e le sanzioni riguardanti i comportamenti in tutti settori della criminalità organizzata, del terrorismo e del traffico di stupefacenti.

²¹ Piano di Azione adottato il 3 dicembre 1998. CUGE 23 gennaio 1999.

4. Lo spazio di sicurezza, libertà e giustizia nel Trattato di Amsterdam

La svolta decisiva al rafforzamento della cooperazione nel settore penale viene con la firma, il 2 ottobre 1997, del Trattato di Amsterdam (entrato in vigore il 1° maggio 1999) con il quale è profondamente mutato il quadro normativo di riferimento²².

Il Trattato di Amsterdam costituisce una revisione dei Trattati sui quali si fonda l'Unione Europea, esso porta avanti le riforme introdotte dal Trattato sull'Unione Europea e rafforza ciascuno dei tre "pilastri" sui quali l'Unione poggia la propria azione, anche in vista del nuovo ampliamento ad oriente.

Suoi obiettivi fondamentali sono: porre l'occupazione e i diritti dei cittadini come punto focale dell'Unione; eliminare gli ultimi ostacoli alla libera circolazione e rafforzare la sicurezza; permettere all'Europa di esercitare una maggiore influenza sulla scena mondiale; rendere più efficace l'architettura istituzionale dell'Unione in previsione del prossimo ampliamento.

Con riferimento al campo penale la principale innovazione che il Trattato produce è la riforma del terzo pilastro e dei meccanismi intergovernativi che lo interessano, in particolar modo ed in coerenza con un'indicazione già contenuta nel Trattato di Maastricht, quasi tutti i settori che rientravano nell'ambito del terzo pilastro (v. immigrazione/asilo e giustizia civile) sono stati comunitarizzati attraverso la loro collocazione nel primo pilastro. Tra le materie che restano, invece, collocate nell'ambito del terzo pilastro figurano le disposizioni concernenti la cooperazione tra le forze di polizia, le autorità doganali e le altre

²² Il Trattato di Amsterdam è stato pubblicato in GUCE in data 10 novembre 1997, n. C 340.

autorità competenti degli Stati membri; la cooperazione giudiziaria in materia penale, in particolare per quanto riguarda l'esecuzione e la prevenzione dei conflitti di giurisdizione e l'adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti.

Il trattato adotta anche una nuova denominazione non più GAI, ma cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

Il Trattato, inoltre, nel limitare i caratteri intergovernativi delle materie comprese al terzo pilastro intervenne sul ruolo e suoi poteri spettanti alle Istituzioni comunitarie.

La Commissione, innanzitutto, vide accrescere le sue competenze in campo legislativo attraverso un potere di iniziativa, prima sconosciuto, anche per materie comprese nel terzo pilastro.

Il Parlamento divenne organo di consultazione obbligatoria del Consiglio rispetto ad ogni proposta normativa eccetto che per le posizioni comuni.

La Corte di Giustizia, cui il Trattato di Maastricht attribuiva esclusivamente il potere di interpretare le Convenzioni concluse dagli Stati membri nei soli casi in cui questi ultimi lo avessero espressamente previsto nella Convenzione, estende le sue competenze in modo significativo. Essa, infatti, diviene competente anche nelle materie relative alla cooperazione giudiziaria in materia criminale e di polizia, pur se con una serie di limiti prescritti dal nuovo trattato.²³ Anche in tema di immigrazione la Corte, pur con talune limitazioni,

²³ Nuovo titolo VI, art. K.7 e K.12, nuovo art. L.

acquista il potere di giudicare²⁴ e così pure nelle materie correlate ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali, per quanto si riferisca all'azione delle istituzioni²⁵.

Così come già precedentemente nel Trattato di Maastricht, la prevenzione e la lotta alla criminalità organizzata vengono poste al centro dell'attenzione europea confermando la necessità di azioni comuni e di una progressiva armonizzazione legislativa in campo penale.

La reazione degli Stati ai diversi interventi su illustrati non tardò ad arrivare. La Danimarca, ad esempio, manifestò la sua volontà di autoescludersi da ogni attività all'interno dei settori asilo ed immigrazione e giustizia civile, comunitarizzati, il Regno Unito e l'Irlanda si tennero fuori dalle iniziative relative all'abolizione dei controlli alle frontiere ed alla libera circolazione delle persone.

Pur se con queste resistenze e, senza la presunzione di definire il quadro dei risultati raggiunti con Amsterdam esaustivi, l'apporto maggiore che può essergli riconosciuto è nel rafforzamento del ruolo della Corte di Giustizia. Non vi è dubbio, infatti, che proprio i poteri di pronuncia pregiudiziale e di controllo sulle decisioni attribuiti alla stessa sono alla base del processo evolutivo su cui si incentra la presente riflessione.

²⁴ Nuovo titolo sul movimento di persone, asilo e immigrazione, art. H.

²⁵ Nuovo art. L.

5. Il Consiglio europeo di Tampere ed i documenti di programma.

Un ruolo decisivo nel processo fin qui descritto è stato svolto dal vertice europeo tenutosi a Tampere tra il 15 ed il 16 ottobre 1999. Le conclusioni adottate dal Consiglio, che si riunì quasi esclusivamente per discutere dei temi legati alla giustizia ed agli affari interni, costituiscono uno dei più incisivi documenti di programma adottati in seno all'Unione.

Uno dei risultati più rilevanti è stato certamente l'individuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, sul quale si dirà in seguito e che costituirà poi la base giuridica posta a fondamento delle future determinazioni in tema di mandato di arresto europeo.

Accanto a tale riconoscimento, con una strategia da più parti definita di doppio binario, il Consiglio ribadì la necessità di proseguire in un processo di armonizzazione tra i diritti degli Stati membri che, anzi, doveva porsi in sinergia con le innovazioni raggiunte attraverso il principio del mutuo riconoscimento.

A tale scopo vennero individuati alcuni settori, ritenuti di maggiore importanza, sui quali dovevano incentrarsi i primi sforzi in tema di armonizzazione. Questi i settori individuati: criminalità finanziaria (riciclaggio, falsificazione di moneta e corruzione), traffico di droga, tratta di essere umani, sfruttamento sessuale dei minori e criminalità ambientale.

Accanto a ciò si poneva l'intento di emanare un complesso di norme minime che garantissero un livello adeguato di assistenza giudiziaria nelle cause transnazionali in tutta l'Unione, nonché di specifiche norme procedurali comuni

per semplificare ed accelerare la composizione delle controversie transnazionali di piccola entità.

Con specifico riferimento, invece, alla politica di asilo e di immigrazione venne riaffermata l'importanza di agire sul doppio fronte di lotta all'immigrazione clandestina attraverso accordi di partenariato tra gli Stati che istituiscano forme di controllo alle frontiere esterne, e di provvedere, parimenti, ad integrare i cittadini dei Paesi terzi che soggiornano legalmente nell'Unione. Altro obiettivo fondamentale fu creare uno spazio autentico di giustizia in cui i cittadini possano rivolgersi ai Tribunali e alle autorità di qualsiasi Stato Membro con la stessa facilità che nel loro. Ci si poteva avvalere di forze di polizia (Europei) e di un'unità composta da pubblici ministeri, magistrati o funzionali di polizia (Eurojust), per combattere la criminalità all'interno dell'Unione.

Le conclusioni del Consiglio di Tampere furono seguite dall'elaborazione di un documento programmatico nel marzo del 2000 denominato *“Strategia dell'Unione europea per l'inizio del nuovo millennio”*²⁶.

Il documento viene emanato in materia di prevenzione e di controllo della criminalità organizzata. In particolar modo venivano definiti alcuni orientamenti politici seguiti da 39 raccomandazioni dettagliate anche in ordine alla priorità della materia, segnatamente per quanto riguarda l'utilizzo di dati attendibili, la protezione del settore pubblico e del settore privato che opera secondo la legge, il rafforzamento della prevenzione, il miglioramento della legislazione, il potenziamento delle indagini nonché di Europol, il sequestro e la confisca dei

²⁶ La Strategia dell'Unione europea per l'inizio del nuovo millennio è pubblicata in GUCE n. C 124 del 3 maggio 2000 p.1.

proventi di reato, una cooperazione rafforzata tra le autorità incaricate dell'applicazione della legge e le autorità giudiziarie a livello nazionale e di Unione europea, l'istituzione di un mandato di arresto europeo. La strategia sottolinea altresì la necessità di rafforzare la cooperazione con i Paesi candidati all'adesione nonché a livello internazionale.

In questo contesto, di lì a poco si inseriscono, storicamente gli attentati dell'11 settembre i quali, per ovvie ragioni vennero a sconvolgere il quadro d'insieme che si stava configurando passo dopo passo.

La lotta al terrorismo divenne un obiettivo prioritario per l'Unione europea tant'è che nella riunione straordinaria del 21 settembre 2001 il Consiglio varò un Piano di azione straordinario basato in primis su un rafforzamento della cooperazione giudiziaria e di polizia attraverso alcune misure basilari quali, innanzitutto una definizione univoca del terrorismo e delle sue pratiche, la sostituzione delle procedure di estradizione, che non rispecchiavano più il livello di integrazione e di fiducia tra gli Stati membri dell'Unione europea, con un più rapido mandato di cattura europeo; la creazione di Squadre di investigazione composte da agenti di polizia e magistrati di diversi paesi membri; l'istituzione di una rete di scambio di informazioni; l'istituzione presso Europol di un'Unità anti-terrorismo; l'istituzione di Eurojust; il tutto assicurando il giusto equilibrio tra esigenze investigative e protezione dei dati personali.

Al Piano seguì una Decisione-quadro adottata il successivo 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, il cui scopo fu quello di avvicinare le legislazioni degli Stati membri stabilendo norme minime relative agli elementi

costitutivi dei reati e alle sanzioni per quanto riguarda il terrorismo. La decisione forniva anche una definizione dell'atto terroristico come *quello commesso, da uno o più individui, contro uno o più Stati, intenzionalmente, o tale da arrecare pregiudizio a un'organizzazione internazionale o a uno Stato*. Venivano considerate punibili anche l'istigazione, l'aiuto, il favoreggiamento e il tentativo di commettere atti terroristici.

Nel dicembre 2001 fu raggiunto l'accordo sul mandato di cattura²⁷ (il provvedimento è stato approvato con una Decisione quadro del Consiglio nel giugno 2002) in sostituzione delle più complesse procedure di estradizione.

Il mandato di arresto europeo, sul quale ci si soffermerà più appresso, implica il mutuo riconoscimento della richiesta di consegna di una persona da compiersi entro novanta giorni, da parte dell'autorità giudiziaria di un paese membro. In quella stessa occasione, il Consiglio ha anche adottato la Decisione quadro sulle Squadre investigative unificate²⁸, che consente a due o più Stati membri che abbiano a disposizione informazioni sui rischi di attività terroristiche in corso o sul punto di essere intraprese, di impiegare funzionari di polizia o magistrati per un'indagine comune.

Nel febbraio 2002 una Decisione del Consiglio ha istituito Eurojust²⁹, l'altro organo europeo per lo scambio di intelligence operativa che ha il compito di facilitare la cooperazione giudiziaria, in primo luogo l'esecuzione degli accordi

²⁷ Decisione quadro del Consiglio, 2002/584/GAI, 13 giugno 2002.

²⁸ Decisione quadro del Consiglio sulle Squadre investigative unificate, 2002/465/GAI, 13 giugno 2002 .

di mutua assistenza legale, che hanno grande importanza nella cooperazione multilaterale nella lotta al terrorismo.

Purtroppo, molte di queste iniziative, a causa del mancato adeguamento alle norme europee da parte di alcuni Stati membri non sono state portate pienamente a compimento a livello europeo. Ancora alla fine di marzo 2004, dopo che l'Europa era stata scossa dalla strage di Madrid, molte iniziative non erano ancora state pienamente realizzate tant'è che proprio le falle a livello di intelligence (nell'UE non esiste un singolo organo che tratta tutte le questioni legate al terrorismo) non consentirono di prevenire gli attentati in parola.

Il Consiglio europeo dovette così sollecitare gli Stati membri inadempienti ad adottare la normativa conforme alle Decisioni quadro sul mandato di cattura europeo; sulle Squadre investigative congiunte; sulla lotta al terrorismo; sul riciclaggio di denaro, l'identificazione, il congelamento e la confisca degli introiti del crimine. Inoltre non tutti gli Stati membri si sono adeguati alle Decisioni del Consiglio sulla creazione di Eurojust e sull'attuazione di alcune misure per la cooperazione giudiziaria e di polizia per combattere il terrorismo.

Questa serie di interventi sfociò nell'adozione da parte del Consiglio di Europa di un Piano riveduto dell'Unione Europea che fece da predecessore all'adozione nel 2004 di un Piano di azione contro il terrorismo³⁰ che contiene una specifica dichiarazione sulla solidarietà contro il terrorismo, che stabilisce un obbligo di assistenza, *"con tutti gli strumenti disponibili, incluse risorse militari"*, ad uno Stato membro colpito da un attacco terroristico.

³⁰ Il Piano di azione contro il terrorismo è stato adottato in data 25 marzo 2004.

Il Consiglio Europeo nel dicembre 2005 ha inoltre adottato la Strategia UE contro il terrorismo, che si basa su quattro pilastri fondamentali: la Prevenzione del fenomeno terroristico; la Protezione dei cittadini, delle infrastrutture, dei trasporti, con il necessario rafforzamento delle strutture di sicurezza; il Perseguimento, inteso come il tentativo di impedire ai gruppi o singoli terroristi di comunicare, muoversi liberamente e pianificare attacchi, attraverso lo smantellamento delle loro reti di supporto e di finanziamenti; la Risposta, intesa come la capacità di gestire e minimizzare le conseguenze di possibili attacchi terroristici in un'ottica di cooperazione e solidarietà.

Il più recente importante documento di programmazione dell'azione dell'UE resta però il Programma dell'AIA³¹. In una visione generale, pur se allo

³¹ Il programma dell'Aia è stato adottato il 5 novembre 2004.

Il programma elenca 10 priorità, ossia:

1. Rafforzare i diritti fondamentali e la cittadinanza con particolare attenzione ai diritti dei minori ed alla violenza nei confronti delle donne.
2. Lottare contro il terrorismo attraverso una risposta globale e un'impostazione integrata e coerente. La Commissione pone l'accento sulla prevenzione e sullo scambio di informazioni. Una cooperazione esterna con i paesi terzi è inoltre ritenuta fondamentale per combattere il terrorismo e le sue cause in modo efficace.
3. Definire un'impostazione equilibrata relativa all'immigrazione attraverso una impostazione equilibrata della gestione dell'immigrazione legale e di quella clandestina. A tal fine il programma dell'Aia prevede l'adozione di una comunicazione e un piano sull'immigrazione legale.
4. Definire una gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione. All'interno dell'Unione la libera circolazione delle persone è garantita dall'abolizione dei controlli alle frontiere interne. Per tale motivo sono necessari sforzi supplementari per rafforzare la gestione integrata dei controlli alle frontiere esterne.
5. Instaurare una procedura comune d'asilo.
6. Massimizzare le ricadute positive dell'immigrazione che devono contribuire alla comprensione e al dialogo fra le religioni e le culture.
7. Trovare un giusto equilibrio fra tutela della vita privata e sicurezza in sede di scambio di informazioni, essenziale quest'ultimo per combattere il terrorismo e per poter svolgere indagini relative alla criminalità transfrontaliera efficacemente.
8. Criminalità organizzata: elaborare un'impostazione strategica. La lotta contro la criminalità organizzata richiede un miglioramento della cooperazione fra le autorità di contrasto degli Stati membri, come la polizia o le dogane. L'elaborazione di un modello europeo in materia di informazioni sull'attività criminale è una priorità.
9. Garantire uno spazio europeo effettivo di giustizia attraverso misure volte a instaurare una reciproca fiducia fra Stati membri, creando norme procedurali minime che garantiscano in particolare il diritto alla difesa. Per quanto riguarda la giustizia penale, il

stesso non può certo riconoscersi il pregio di aver apportato significativi miglioramenti in tema di cooperazione giudiziaria penale, non si può negare che ha offerto spazio a tematiche quali rispetto dei diritti fondamentali e garanzie processuali, lotta al terrorismo e sua repressione nonché sicurezza in generale.

Nello specifico, il programma dell'Aia elenca 10 priorità dell'Unione dirette a rafforzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nei cinque anni successivi alla sua adozione con allegate alcune misure specifiche ed un calendario per la loro adozione.

Al centro del Programma dell'Aia il tema relativo allo scambio di informazioni tant'è vero che in dottrina si sostiene che tra i maggiori progressi registrati nel settore della sicurezza figura proprio *la libera circolazione delle informazioni di polizia* ³².

Quanto alla parte relativa alla Giustizia il Programma dà ampio spazio al ruolo della Corte di Lussemburgo che, nello spazio di libertà sicurezza e giustizia che si andava rinnovando, vede accrescere la sua importanza di pari passo con l'esigenza ancora più pressante che la stessa potesse statuire in tempi brevi soprattutto quando si pronuncia in via pregiudiziale nel quadro di procedimenti nazionali che vedano coinvolte persone in stato di detenzione. Il ruolo della Corte, dunque, ne esce fortemente accresciuto e la dimostrazione stessa che quanto si va affermando corrisponde al vero è nell'attività giurisprudenziale della stessa.

ravvicinamento della legislazione e la creazione di norme minime di procedura penale sono talvolta indispensabili per rafforzare la fiducia reciproca fra gli Stati membri. Eurojust è il principale soggetto per lo sviluppo della cooperazione giudiziaria in campo penale.

10. Condividere le responsabilità e gli interventi di solidarietà. Nessun obiettivo politico è raggiungibile senza risorse finanziarie adeguate.

³² Lorenzo Salazar: *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in *Lezioni di diritto penale europeo a cura di G. Grasso e R. Sicurella*, Giuffrè 2007, p 455 e ss.

Crescono le questioni sottoposte al suo parere e crescono parimenti le pronunce della stessa, a titolo esemplificativo si ricordino le interpretazioni della stessa date in tema di *ne bis in idem*, quelle in tema di applicazione della legge più favorevole al reo, quelle in tema di cosa giudicata o di interpretazione conforme, cui si rimanda ³³.

Sempre in tema di rafforzamento della giustizia l'accento viene posto anche sulla necessità di rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati, necessaria al riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, fiducia reciproca che troverà fondamento nel livello degli standard di giustizia assicurati (per questa via l'esigenza di elevare gli standard stessi) e che dovrà essere assistita da una proposta per l'attuazione oggettiva ed imparziale delle politiche dell'Unione in tema di giustizia. L'impegno dell'Unione viene richiesto anche in tema di sostegno ad istituzioni ed organismi giudiziari, quali la rete dei Consigli della magistratura, la Rete europea delle Corti supreme, la Rete europea di formazione giudiziaria.

Quanto allo specifico campo penale, al fine di assicurare miglioramento al settore giudiziario nel suo complesso, l'obiettivo principale fu individuato nella riduzione degli ostacoli giuridici esistenti e nel rafforzamento e coordinamento delle indagini. Tra le idee messe in campo per aumentare l'efficacia dell'azione penale, in un contesto dove comunque la corretta amministrazione della giustizia restasse tutelata, si avanzò la possibilità di concentrare in un solo Stato membro l'azione penale nelle cause transfrontaliere multilaterali.

³³ Cfr sentt. 11 febbraio 2003 C-187/2001 e C-385/2001, 3 maggio 2005 C-387/2002, C-391/2002, C-43/2002, 16 giugno 2005 C-105/2003, 16 marzo 2006 C-234/2004.

Viene, inoltre, anche senza particolari novità rispetto al passato, rammentata la necessità di completare il Programma di attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie comprese quelle assunte in tutte le fasi dei procedimenti penali o ad essi altrimenti pertinenti, quali la raccolta e l'ammissibilità dei mezzi di prova, i conflitti di giurisdizione e il principio ne bis in idem nonché l'esecuzione delle sentenze definitive di detenzione o altre sanzioni alternative. Inoltre viene affermata la necessità di adottare entro l'anno 2005 il Progetto di decisione quadro in materia di diritti processuali e procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea nonché quella relativa al mandato europeo di ricerca delle prove ed in tema di sistema informatizzato di scambio di informazioni.

Al punto 3.2 del Programma viene, invece, affrontato il tema del riavvicinamento delle legislazioni penali rispetto al quale il Consiglio europeo ribadì che la fissazione di norme minime relative ad aspetti del diritto processuale oltre ad essere prevista dai trattati istitutivi dell'Unione è uno strumento necessario ad agevolare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale avente una dimensione transfrontaliera. Il ravvicinamento del diritto penale sostanziale, visto nell'ottica di lotta e repressione delle forme di criminalità a dimensione transfrontaliera, secondo il Consiglio dovrebbe essere assicurato mediante il riconoscimento allo stesso Consiglio del potere di definire reati e sanzioni in riferimento a quelle condotte a carattere transfrontaliero ritenute particolarmente pericolose e meritevoli di intervento. Sempre in quest'ottica il Consiglio ribadì il

ruolo di Eurojust su cui concentrare le azioni in seno, anche in collaborazione con l'Europol, in quanto l'efficacia stessa della lotta alla criminalità organizzata transfrontaliera dipende dal grado di cooperazione tra gli Stati e dal coordinamento delle indagini, importante anche il riferimento alla necessità di adottare una legge europea sull'Eurojust che tenesse conto di tutti i compiti conferiti a quest'ultimo.

6. *Il Progetto di Costituzione europea ed il Trattato di Lisbona.*

Firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato a far parte dell'ordinamento giuridico italiano a seguito della L.2 agosto 2008, n. 130, il trattato di Lisbona, mettendo fine a diversi anni di negoziati sulla riforma istituzionale del quadro dell'Unione, modifica il trattato sull'Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea.

Pochi anni prima della sua adozione era cominciato il lungo e travagliato processo di adozione della Costituzione Europea, abbandonato definitivamente dal Consiglio di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007, che, nell'intento iniziale, avrebbe dovuto riformare profondamente i rapporti tra ordinamento comunitario e diritto penale.

Tra i punti chiave del Progetto l'eliminazione della divisione per pilastri (la creazione di uno spazio di libertà di sicurezza e di giustizia³⁴ doveva diventare il punto di riferimento di tutte le disposizioni che nei precedenti Trattati erano state suddivise tra il primo ed il terzo pilastro) l'abolizione dei controlli alle

³⁴ Cfr art. I-42 della parte I ed il capo IV della parte III.

frontiere, maggiore attenzione alle materie di asilo ed immigrazione, cooperazione di polizia, cooperazione giudiziaria in materia civile e penale, prevenzione alla criminalità e riavvicinamento delle legislazioni in materia penale.

L'eliminazione della divisione per pilastri, lungi dall'essere meramente una risistemazione delle materie su elencate all'interno della Costituzione, avrebbe prodotto una serie di conseguenze di non poco rilievo. In primo luogo tutta la materia relativa allo spazio di libertà sicurezza e di giustizia sarebbe stata sottoposta al principio di preminenza del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale (art. I-6)³⁵, in secondo luogo ne sarebbe stato condizionato anche l'esercizio delle competenze da parte degli stati membri, in quanto, trattandosi di materia a competenza concorrente, questi ultimi avrebbero potuto validamente operare solo in assenza di intervento della Comunità stessa ³⁶, ancora, il controllo della Corte di Giustizia sulla materia sarebbe diventato ordinario e non più ristretto in base alle limitazioni contenute nelle norme del terzo pilastro; tutta la materia sarebbe stata sottoposta, quanto al processo legislativo, alle regole ordinarie ovvero voto a maggioranza qualificata nel Consiglio.

Altra circostanza di non poco rilievo l'inserimento della Carta europea dei diritti fondamentali dell'uomo all'interno della Costituzione stessa, segno questo della volontà dell'Unione di riconoscere efficacia giuridica vincolante a siffatti principi. L'esistenza di diritti fondamentali attinenti al diritto penale ed inseriti nel

³⁵ Art. I-6 *“La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri”*

³⁶ Art I-12 *“Quando la Costituzione attribuisce all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria o ha deciso di cessare di esercitarla”.*

testo della Costituzione europea è una circostanza che non deve stupirci. Tali diritti sono stati diverse volte richiamati anche dalla Corte di Giustizia, circostanza questa che, come già sostenuto in dottrina³⁷, ci consente di aderire alla tesi per cui i principi generali del diritto comunitario avevano la capacità di incidere sia sulle incriminazioni, sia sulle sanzioni, sia anche in misura più ridotta, sui sistemi processuali nazionali.

A titolo esemplificativo si pensi al principio di legalità richiamato nel caso Kirk³⁸ o ancora al principio di retroattività della legge più favorevole al reo nel caso Berlusconi³⁹.

In termini generali, dunque, l'inserimento dei diritti fondamentali nel testo della Costituzione avrebbe reso possibile l'elaborazione di un sistema penale europeo correlato al quale si sarebbe potuta prevedere una adeguata base giuridica.

Come già accennato in precedenza, il processo di formazione della Costituzione europea subì prima decisivi rallentamenti a seguito degli esiti negativi dei referendum in Francia ed in Olanda per poi essere definitivamente abbandonato nel 2007.

Forti rilievi critici sia in merito alla struttura che alle pretese aspirazioni costituzionali del nuovo Trattato, che avrebbero potuto provocare tensioni con gli ordinamenti nazionali, hanno acceso il dibattito politico diviso in due

³⁷ Cfr Grasso. *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali nazionali negli stati membri*, in *Riv. Int. Diritti dell'uomo*, 1991, p. 619 e ss.

³⁸ Corte di Giustizia, 10 luglio 1984, causa C 63/83 in raccolta 1984, p. 2718.

³⁹ Corte di Giustizia, 3 maggio 2005 cause riunite C- 74/95 e C-129/95, in Raccolta, 1996, pp.I-6609

schieramenti e sospeso il processo di ratifica della Costituzione riapertosi solo nel giugno del 2007 a seguito del quale si assunse la decisione di convocare una Conferenza intergovernativa la quale elaborò un nuovo trattato di riforma approvato durante il Consiglio di Lisbona del 18 e 19 ottobre 2007, successivamente firmato dagli stati membri.

Il trattato modifica i Trattati esistenti allo scopo di rafforzare l'efficienza e la legittimità democratica dell'Unione, rafforzando il ruolo del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali chiarendo, altresì, la ripartizione delle competenze a livello europeo e nazionale, efficientando e semplificando i suoi metodi di lavoro e le norme di voto e dotandosi di istituzioni più moderne ed adeguate.

Quanto agli aspetti istituzionali con il Trattato di Lisbona viene definitivamente soppressa sia la struttura a pilastri sia la Comunità Europea.

Sul piano pratico l'abbandono della suddivisione in pilastri consente di superare il problema della mancanza di diretta efficacia negli atti emanati nelle materie del terzo pilastro. Le misure adottate in tale ambito, ormai sono dotate di efficacia diretta e potranno essere invocate dai singoli dinanzi alle Corti nazionali.

Viene istituzionalizzato il ruolo del Consiglio europeo il cui iter decisionale subisce radicali modifiche, ai sensi dell'art. 16 TUE il voto a maggioranza qualificata diviene la regola e si riducono quindi i casi in cui per l'approvazione di una proposta occorre l'unanimità.

Il Trattato interviene anche sulla composizione e sulle competenze del Parlamento europeo in particolar modo ne rafforza le prerogative generalizzando

la procedura di co-decisione (nella quale Parlamento e Consiglio sono posti su un piano di sostanziale parità) che diventa la procedura legislativa ordinaria eccetto che per quanto riguarda il settore della cooperazione di polizia ovvero quando si tratta di adottare misure di cooperazione operativa tra le autorità di polizia o ad essa assimilate dove si ricorre alla procedura di consultazione.

Sono, inoltre, stati accresciuti i poteri della Corte di Giustizia la quale eserciterà giurisdizione su tutti gli atti adottati nella materia della cooperazione giudiziaria (esclusi i meccanismi di opt outs per il Regno Unito, la Danimarca e l'Irlanda) ed avrà altresì giurisdizione al termine del periodo transitorio di cinque anni sulle procedure di infrazione eventualmente promosse contro gli Stati membri nei casi di ritardata ovvero non corretta applicazione della materia.

Accanto a tale fondamentale modifica, altre non meno importanti vanno ad incidere sull'assetto non istituzionale, il Trattato intende anche fissare i principi essenziali intorno ai quali ruoterà il funzionamento dell'Unione dando un ruolo centrale alla protezione dei diritti fondamentali integrando la Carta dei diritti fondamentali nel diritto primario europeo e prevedendo nuovi meccanismi di solidarietà che garantiscano una migliore protezione dei cittadini europei.

L'Unione europea si dota, dunque, di un catalogo dei diritti fondamentali che sarà giuridicamente vincolante per l'Unione, le sue istituzioni, agenzie e organi, ma anche per gli Stati membri, relativamente all'attuazione del diritto dell'Unione.

Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia è inserito nel nuovo titolo IV del Trattato del funzionamento dell'Unione e si articola in cinque capi:

- disposizioni generali (capo I, artt. 61-61I);
- politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione (capo 2, artt. 62-63 ter);
- cooperazione giudiziaria in materia civile (capo 3, art. 65);
- cooperazione giudiziaria in materia penale (capo 4, artt. 69A-69E);
- cooperazione di polizia (capo 5, artt. 69F-69H).

Di particolare rilievo le modifiche introdotte nella materia della cooperazione giudiziaria penale.

In primis la riaffermazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in materia penale, come stabilito a livello politico a Tempere⁴⁰. La cooperazione comprende inoltre il ravvicinamento degli ordinamenti, grazie all'adozione di norme minime nelle materie indicate all'art 69 lett. b. al Parlamento ed al Consiglio europeo viene affidato il compito di farsi carico di risolvere e prevenire conflitti di giurisdizione nonché di fissare regole e procedure che assicurino il riconoscimento delle decisioni giudiziarie nel quadro dell'Unione Europea, sostenendo e promuovendo la formazione del personale coinvolto negli uffici giudiziari. Parimenti al Parlamento ed al Consiglio viene riconosciuto il potere emanare norme minime ,sotto forma di direttiva, che abbiano lo scopo di stabilire comuni norme procedurali in tema di diritti e garanzia individuali, diritti delle vittime dei reati, altri elementi specifici della

⁴⁰ Art. 69-A Trattato di Lisbona: *“La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 69 B.”*

procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione.

Particolarmente importante l'attribuzione fatta in base all'art. 69 B al Parlamento ed al Consiglio europeo di potere deliberare con direttiva e secondo la procedura legislativa ordinaria stabilendo norme comuni minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità ritenute particolarmente gravi (terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di capitali, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.)

7. Le influenze del diritto comunitario sui diritti nazionali.

L'armonizzazione sostanziale e processuale.

Con riferimento all'articolato quadro fin qui delineato diventa doveroso, giunti a questo punto, porre lo stesso a confronto con la sua concreta attuazione.

Sul versante del riavvicinamento normativo i più importanti interventi si sono registrati in tema di lotta al terrorismo, di traffico di droga e di lotta al crimine organizzato.

Quanto al primo punto, in tema di lotta al terrorismo, come già affermato in precedenza, all'indomani degli attentati dell'11 settembre l'attenzione al fenomeno da parte degli Stati crebbe in misura proporzionale al crescere della tensione internazionale, in questo contesto occorre, al fine di combattere

efficacemente il fenomeno, riavvicinare le legislazioni dei singoli Stati che fino a quel momento non conoscevano neanche una definizione comune del terrorismo.

Con la decisione del Consiglio del 13 giugno 2002⁴¹ venne finalmente introdotto un grado sufficiente di armonizzazione se non già del fenomeno terroristico nel suo complesso quanto dei reati terroristici o comunque riconducibili ad un organizzazione terroristica. La strategia attuata si basa su quattro pilastri: prevenzione, protezione, perseguimento e risposta. Il coordinamento tra i servizi giudiziari e di repressione in seno all'Unione e la cooperazione internazionale vengono ritenuti altrettanto fondamentali per garantire l'efficacia della lotta contro questo fenomeno transnazionale.

La principale innovazione, tuttavia, è ravvisabile nella definizione adottata per inquadrare i reati terroristici, definizione orientata allo scopo del reato, e ciò in base alla considerazione che la qualificazione di tali reati discende proprio dallo scopo ultimo perseguito dall'autore del reato.

Peraltro, a diversi anni dalla sua adozione si discute una sua possibile modifica attraverso l'inclusione al suo interno anche delle condotte di incitamento al terrorismo nonché agevolazione alla preparazione di atti esplosivi.

Oltre alla materia del terrorismo un altro settore in relazione al quale si registrano sensibili progressi sul fronte dell'armonizzazione è quello del traffico di droga. Sul punto particolarmente importante la decisione quadro adottata sotto la presidenza italiana nell'ottobre 2004⁴² la stessa contribuisce alla fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati ed alle sanzioni

⁴¹ Decisione del 13 giugno 2002, pubblicata in GUCE n. L. 164 del 22 giugno 2002.

⁴² Decisione quadro del 25 ottobre 2004. GUUE n- L. 335 dell'11 novembre 2004.

applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti. Una nota di rilievo è che l'entità della sanzione prescelta è stata effettuata mantenendosi entro la soglia dell'estradizione. La decisione quadro definisce il reato di traffico di stupefacenti e di traffico di precursori e prevede che vi debbano essere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive in tutti gli Stati membri. Per quanto riguarda gli stupefacenti, la decisione stabilisce che le pene detentive massime debbano essere comprese, secondo la gravità del reato, tra almeno 1 anno (reato standard) e almeno 10 anni (reato grave commesso nel quadro di un'organizzazione criminale). Introduce, inoltre, un meccanismo di monitoraggio sul funzionamento della cooperazione giudiziaria nell'ambito delle inchieste internazionali in tema.

Altre decisioni importanti quelle in tema di lotta alla falsificazione della moneta unica⁴³, quella della lotta alla frode ed alla falsificazione dei mezzi di pagamento diversi dal contante⁴⁴, quella sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale⁴⁵ e di tutela della proprietà intellettuale soprattutto alla luce dei recenti orientamenti della Corte di Giustizia in tema di incriminazione delle condotte di violazione dei diritti individuali⁴⁶.

Di minore ampiezza appaiono, invece, i risultati raggiunti fino ad oggi sul piano dell'armonizzazione processuale.

Possono essere annoverate l'istituzione di Eurojust (con Decisione del 28 febbraio 2002 da parte del Consiglio dei Ministri della Giustizia e degli Affari Interni dell'Unione europea, la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in

⁴³ Decisione quadro del 29 ottobre 2000. GUGE n- L. 140 del 14 giugno 2000.

⁴⁴ Decisione quadro del 28 maggio 2001. GUUE n- L. 149 del 2 giugno 2001.

⁴⁵ Decisione quadro del 27 gennaio 2003. GUUE n- L. 29 del 5 febbraio 2003.

⁴⁶ Corte di Giustizia, causa C 176/03.

materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea⁴⁷. Anche la ben nota Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, la redazione di un Libro verde sul pubblico ministero europeo per la creazione di un rappresentante dell'accusa europeo autorevole e indipendente dai singoli Stati (nominato dal Consiglio a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione e previo parere conforme del Parlamento europeo, ma destituibile per colpa grave dalla Corte di Giustizia) a tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

Oltre alle decisioni di cui sopra possono essere ricordate le risoluzioni in tema di posizione della vittima nel procedimento penale⁴⁸ e quella in tema di riciclaggio di denaro⁴⁹.

7.1 Segue. Le prime semplificazioni. Le decisioni in tema di mandato di arresto europeo e mandato di ricerca delle prove.

Fondandosi sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali sancito dal Consiglio europeo di Tampere del 1999 entrambe le decisioni, quella che istituisce il mandato di arresto europeo e, quella in tema di mandato di ricerca delle prove costituiscono l'esempio più lampante dell'armonizzazione processuale tra gli Stati membri dell'UE.

⁴⁷ Convenzione adottata con Atto del Consiglio, del 29 maggio 2000.

⁴⁸ Decisione quadro del 15 marzo 2001, in GUCE n. L. 82 del 22 marzo 2004

⁴⁹ Decisione quadro del 26 giugno 2001 in GUCE n. L. 182 del 5 luglio 2001.

Il mandato di arresto europeo, adottato con la decisione quadro del 13 giugno 2002 n. 584, è stato il primo strumento di cui si è dotata l'Unione Europea per dare attuazione al principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali ed il primo ad essere concretamente entrato in vigore il 1 gennaio del 2004.

Il mandato di arresto europeo va a sostituire tutte le convenzioni in materia di estradizione, semplificata o meno, nonché l'accordo per la semplificazione delle modalità di trasmissione delle domande di estradizione e le disposizioni dell'accordo di Schengen che si riferiscono a questa materia.

A differenza del mandato di arresto europeo l'extradizione consiste nella consegna di una persona ricercata al fine dell'esercizio dell'azione penale ovvero dell'esecuzione della pena da una giurisdizione a un'altra giurisdizione; ed, almeno in origine costituiva una forma di favore da uno Stato ad un altro, prevalentemente basata su ragioni politiche. Progressivamente essa si è andata evolvendo verso forme "giurisdizionalizzate", pur se in termini pratici la sua esecuzione restava pur sempre un rapporto tra Stati, cioè tra Governi, tale evoluzione, tuttavia con la nascita delle Comunità europee ha rappresentato l'inadeguatezza di tale strumento rispetto alla realtà costituita dall'Unione europea, all'interno della quale le frontiere sono state ormai da tempo eliminate.

Secondo quanto emerge dalla decisione quadro il mandato di arresto europeo si presenta come un atto complesso, distinto e giuridicamente autonomo che si aggiunge al titolo costitutivo emesso al termine di un procedimento penale, che ha lo scopo di consegnare una persona ricercata ad un altro Stato membro per:

l'esecuzione di un'azione penale, l'esecuzione di una pena, esecuzione di una misura di sicurezza privativa della libertà.

La prima innovazione che deve essere sottolineata, rispetto alle vecchie procedure di estradizione e di consegna è, appunto, la circostanza che secondo il modello designato la richiesta di detenzione provvisoria e la richiesta di consegna non costituiscono più momenti distinti.

La seconda e fondamentale differenziazione rispetto alle procedure di estradizione e consegna la circostanza che nel mandato d'arresto europeo diventa centrale la consegna del reo all'altro Stato poiché in sua assenza la relativa decisione sarebbe inutiliter data. In estrema sintesi, infatti, con il mandato di arresto lo Stato di esecuzione è vincolato (salvo casi espressamente previsti) a dare esecuzione alle misure necessarie, conservando esclusivamente una valutazione a posteriori sul mantenimento della situazione.

La decisione quadro indica tassativamente i reati per i quali il mandato d'arresto opera senza la doppia incriminazione del fatto, tra cui figurano: partecipazione a un'organizzazione criminale, terrorismo, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile, traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi, corruzione, frode, omicidio, razzismo e xenofobia, stupro e crimini di natura particolare (informatica, beni culturali). Per i reati non indicati vige invece il principio della doppia incriminazione, ovvero il mandato opera solo se il fatto costituisce reato, sia nell'ordinamento dello Stato di emissione, che in quello dello Stato di esecuzione. La decisione definisce anche le autorità che sono competenti

a emettere e ricevere il mandato senza individuarle; cioè chiariscono quali requisiti devono possedere in tema di competenza di merito, secondo il diritto interno, ma lascia agli Stati membri la loro determinazione. Ulteriore previsione la facoltà degli Stati membri di designare un'autorità centrale che faccia da intermediario. Secondo, inoltre la modifica apportata alla dalla decisione quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009, si ammette il caso di rifiuto dell'esecuzione nel caso in cui la sentenza sia stata emessa in contumacia, salvo il caso in cui l'interessato sia stato avvertito dell'eventualità di una pronuncia di questo tipo, e quindi non si sia presentato di sua volontà o abbia conferito mandato al difensore.

La procedura di consegna delineata dalla decisione quadro istituisce un sistema di trasmissione diretta dei documenti dall'autorità giudiziaria di uno Stato a quella di un altro non senza, però, assicurare al tempo stesso i diritti della persona destinataria del mandato che deve essere messa in condizione di dover conoscere il contenuto di questo, e di avvalersi dell'assistenza di un avvocato ed un interprete. Il termine entro cui l'autorità deve decidere è solitamente di sessanta giorni, termine ridotto a dieci giorni ma nel caso in cui l'interessato presti il proprio consenso alla consegna. Aspetto fondamentale la circostanza che il provvedimento adottato dall'autorità deve essere motivato, circostanza questa che assume importanza, non tanto ai fini di un'eventuale impugnazione del rifiuto da parte dello Stato di emissione (rifiuto che come detto sopra non era contemplato nel testo iniziale della decisione) ma, principalmente ai fini dell'argomentazione del filo logico che sta alla base del provvedimento adottato, si ritiene infatti che nel caso in cui i motivi del rifiuto non coincidano con i motivi di rifiuto

(obbligatorie e facoltative) tipizzati la richiesta di consegna possa essere nuovamente esercitata nei confronti dello stesso soggetto.

Sempre in ottica di semplificazione in campo processuale deve essere segnalata la decisione quadro del 18 dicembre 2008 n. 987 in tema di mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, di documenti e di dati da utilizzare nei procedimenti penali. Tale decisione che si inserisce nel lungo percorso compiuto a livello europeo per il superamento del sistema di estradizione e di rogatoria nella cooperazione giudiziaria tra gli Stati, costituisce, anch'esso al pari del mandato di arresto europeo, rappresentazione del principio del mutuo riconoscimento nella materia penale.

L'obiettivo della decisione quadro è la sostituzione degli accordi multilaterali in materia di assistenza giudiziaria con una normativa che appartenga direttamente all'UE e che sia vincolante per gli Stati membri della stessa che costituisca la base giuridica della cooperazione penale tra gli Stati in tema di ricerca e di acquisizione delle prove.

Come noto questa materia è regolata, da convenzioni e trattati internazionali che, secondo l'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 696 cpp prevalgono sulle leggi italiane. La base giuridica convenzionale su cui ha poggiato la materia dell'assistenza giudiziaria è stata, quella classica e di tipo convenzionale, cioè in conformità alla classica concezione secondo cui l'attività di collaborazione e di cooperazione ricade pienamente nell'esercizio della sovranità tra gli Stati.

Secondo la definizione adottata dalla decisione quadro il mandato europeo di ricerca delle prove è una decisione giudiziaria emessa da una autorità competente di uno Stato membro allo scopo di acquisire oggetti, documenti e dati (art.1 par.1) ai fini del loro utilizzo:

- nel corso di procedimenti penali;
- nel corso di procedimenti avviati dalle autorità amministrative o giudiziarie quando la decisione può dar luogo ad un procedimento dinanzi ad un organo giurisdizionale competente in materia penale;
- nel corso di violazioni per i quali una persona giuridica può essere considerata responsabile o punita nello Stato di emissione (art.5).

L'aspetto più importante dello strumento di cui si discorre è l'istituzione di una procedura di natura puramente giudiziaria, affidata direttamente ed esclusivamente ad autorità giudiziarie e formalizzata da un mandato unico, valido su tutto il territorio dell'Unione, finalizzata all'acquisizione ed alla trasmissione di elementi probatori. Scompare, dunque, l'aspetto politico sotteso, invece, alla procedura rogatoria accompagnata, quest'ultima da un potere decisionale e discrezionale affidato all'esecutivo.

Quanto ai limiti di utilizzabilità ed al campo di applicabilità il mandato europeo di ricerca delle prove trova applicazione tanto nel corso delle indagini preliminari quanto nel corso del dibattimento e più in generale, nell'intero arco del processo di merito in riferimento ad "oggetti, documenti e dati". Quanto all'ambito oggettivo di applicazione qualche specifica in più la si trae nei consideranda del provvedimento dove vengono richiamati gli oggetti, i documenti

o i dati che provengono da un terzo o risultanti dalla perquisizione dei locali, ivi compresa la perquisizione domiciliare, i dati storici sull'uso di servizi, comprese le operazioni finanziarie, verbali di dichiarazioni, interrogatori e audizioni ed altri documenti, compresi i risultati di speciali tecniche investigative (punto 7). Rientrano ancora nel campo di applicazione della decisione-quadro anche quegli oggetti, documenti e dati già in possesso dell'autorità di esecuzione prima dell'emissione del MER (art.4 par.4) nonché quegli oggetti, documenti o dati scoperti dall'autorità di esecuzione nel corso dell'esecuzione del mandato e da essi ritenuti, senza ulteriori indagini, pertinenti al procedimento ai cui fini è stato emesso il mandato (art.4 par.5).

Sono esclusi dall'ambito di operatività del mandato europeo di ricerca delle prove, in estrema sintesi, la prova dichiarativa, la prova scientifica, i risultati delle intercettazioni nell'accezione più ampia del termine ed i tabulati telefoni e telematici; nei confronti dei quali continuano ad applicarsi i tradizionali strumenti di cooperazione riconducibili all'assistenza giudiziaria. Circostanza questa che evidenzia come ad oggi il mandato di ricerca delle prove si trova a coesistere, peraltro senza forme di raccordo con le vigenti procedure di assistenza reciproca, almeno fino a quando, conformemente al programma dell'Aja, le tipologie di raccolta delle prove oggi escluse nell'ambito dell'applicazione della decisione-quadro in commento saranno a loro volta oggetto di uno strumento di reciproco riconoscimento la cui adozione sostituirà le procedure di assistenza reciproca.

Venendo ora ai presupposti ed alle condizioni generali di applicazione, in considerazione delle molteplici diversità esistenti tra i vari sistemi giuridici

nazionali l'autorità competente all'emissione del provvedimento europeo di ricerca delle prove è stata genericamente individuata nell'organismo giurisdizionale o altrimenti identificato che operi quale autorità giudiziaria inquirente nei procedimenti penali ed in tale veste sia competente ad ordinare l'acquisizione di mezzi di prova sulla base della pertinente legislazione nazionale (Cfr. art.2 lett.c). Condizioni generali che devono sussistere affinché possa operare il mandato europeo di ricerca delle prove la necessari età e la "proporzionalità" del tipo di prova accompagnate da una "analoga possibilità di acquisizione del mezzo di prova" secondo le regole proprie della legislazione dello Stato di emissione il cui rispetto spetta soltanto all'autorità di emissione essendo tali requisiti estranei ai motivi di rifiuto del provvedimento. Altra garanzia prevista, il cui rispetto è assicurato ad opera dell'autorità di esecuzione del provvedimento, il sindacato sull'adeguatezza dello strumento utilizzato nel senso che si debba assicurare il ricorso e l'utilizzo dei "mezzi meno intrusivi possibili" per acquisire gli oggetti, i documenti o i dati ricercati.

Quanto alla trasmissione del mandato, invece, questa avviene direttamente tra le competenti autorità giudiziarie degli Stati membri interessati, fatta salva possibilità di designare una autorità centrale responsabile per l'attività di trasmissione e ricezione del mandato, come anche della relativa corrispondenza ufficiale.

Il riconoscimento e la successiva esecuzione del mandato dovranno poi avvenire in tempi stretti e tassativamente predeterminati, trenta giorni per la convalida e sessanta giorni per l'esecuzione della misura, entrambi decorrenti

dalla ricezione del mandato, come pure in tema di trasferimento allo stato di esecuzione il provvedimento prevede che gli oggetti i documenti ed i dati acquisiti in forza del provvedimento debbano, sempre in ossequio a quanto previsto nel considerandum n. 20 che ricollega il rispetto dei termini all'obiettivo di garantire una cooperazione rapida, efficace e coerente, essere trasmessi senza indebito ritardo a meno che non ricorrano eventuali motivi di rifiuto dell'esecuzione (Cfr. art. 15 par. 5).

CAPITOLO SECONDO

Il valore delle norme CEDU nella giurisprudenza europea e della Corte Costituzionale.

1. *Considerazioni introduttive*

In premessa occorre considerare che il quadro normativo di riferimento è sempre più complesso. Il diritto non è più solo quello nazionale, ma si forma e si plasma con il contributo sempre più incisivo di una pluralità di ordinamenti, in primis quello comunitario. L'evoluzione del processo di unità europea non si limita più solamente agli spetti della regolamentazione di un mercato comune, ma stringenti sono le esigenze di collaborazione tra gli Stati, soprattutto in campo precessual-penalistico, nonché crescente la necessità di forme di armonizzazione dei sistemi giuridici. Ciò comporta delle conseguenze sul piano delle fonti che impongono all'operatore giuridico di reinterpretare le disposizioni di diritto interno alla luce della normativa comunitaria di settore, così come risultante dall'interpretazione che della stessa dà la Corte di giustizia delle Comunità europee.

Da un lato viene in rilievo il diritto comunitario e la normativa direttamente applicabile da esso prodotta che, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale seppur con un lungo cammino di seguito descritto, che è destinato a prevalere sull'ordinamento interno, dall'altro, viene in rilievo

l'ordinamento CEDU che garantisce, in una prospettiva sovranazionale, una tutela ulteriore dei diritti fondamentali dell'uomo.

A partire dagli anni Settanta, il nostro ordinamento ha subito un graduale processo di apertura nei confronti delle fonti sopranazionali, il quale ha subito una notevole accelerazione negli ultimi anni, come testimonia l'art. 117, comma 1, Cost.; dopo la novella del 2001, che subordina l'esercizio della potestà legislativa di Stato e Regioni anche al rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, o ancora si pensi al valore della Convenzione EDU nel sistema delle fonti nazionali cui riconoscere, come sancito dalle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007 rango sovralegislativo.

Per oltre quaranta anni la Corte costituzionale e la Corte di giustizia hanno vivacemente dibattuto sull'argomento, mantenendosi, ciascuna delle due, ancorata alle proprie posizioni, alla tesi del principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale o del cd effetto diretto delle disposizioni comunitarie, da sempre sostenuta dalla Corte di giustizia, ha fatto eco la nostra Corte Costituzionale che, con una serie di pronunce che passano da affermazioni decisamente refrattarie alle posizioni comunitarie, è giunta all'attuale accettazione della prevalenza del diritto sovranazionale su quello nazionale pur se attraverso la definizione dei due sistemi giuridici come coordinati e comunicanti.

La posizione originaria della Corte Costituzionale, che pone su base paritaria i due ordinamenti, è motivabile con l'obiettivo primario di quest'ultima di salvaguardare la partecipazione dell'Italia al sistema comunitario, evitando, al contempo, che suo tramite si entrasse in contrasto con la propria filosofia del

Il lungo dibattito giurisprudenziale e dottrinale è generato da una questione di fondo, la carenza nel nostro ordinamento di norme che stabiliscono, in via generale, quale rapporto - in termini di parità ovvero di subordinazione - esista tra il diritto nazionale ed il diritto comunitario non trovando applicazione, con riferimento alle norme del diritto comunitario, il meccanismo di adeguamento automatico normato dall'art 10 della Costituzione stante la natura stessa del diritto comunitario che, rispetto agli ordinamenti degli stati membri, si trova in rapporto di integrazione con gli stessi. A ciò si aggiunga la circostanza che i Trattati istitutivi delle Comunità sono stati resi esecutivi con legge ordinaria e ciò ha posto la questione dell'inidoneità di questo strumento a dare esecuzione alle norme contenute nei trattati istitutivi che, per loro natura, contengono disposizioni capaci di derogare a norme di portata costituzionale. Quanto sopra genera una questione giuridica di fondo, e cioè se la norma comunitaria assume il rango di legge ordinaria così come posseduto dalla legge di ratifica un eventuale contrasto di una disposizione comunitaria con una legge statale dovrebbe essere regolato secondo il principio della successione delle leggi nel tempo, ovvero, *lex posterior derogat priori* con ciò, ammettendo che le norme del sistema comunitario sarebbero suscettibili di disapplicazione a seguito di una diversa e configgente statuizione interna.

Altra e differente, invece, l'impostazione comunitaria. Come noto, infatti, il principio del primato del diritto comunitario anche se non è contemplato nei trattati CE e UE è stato introdotto dalla Corte di giustizia con sentenza del 15

luglio 1964, Flaminio Costa contro Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (Costa contro Enel).

Negli ultimi anni sembra essersi verificata una decisa evoluzione nei rapporti tra le Corti, sino ad arrivare alla recente ordinanza 103/2008 della Corte costituzionale che opera, per la prima volta, un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. In questa sede si vogliono ripercorrere brevemente, e senza alcuna pretesa di assoluta completezza, le tappe che hanno portato a tale inversione di tendenza nonché le conflittualità ed i quesiti ancora aperti cui si cercherà di fornire qualche spunto di riflessione.

2. *Dal principio della lex posterior alla prevalenza del diritto comunitario.*

Il problema dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale si pose in prima battuta alla fine dello scorso secolo allorquando, per la prima volta, materie tradizionalmente di dominio interno cominciarono ad essere oggetto di trattati istituzionali.

Il problema così come sopra esposto può essere affrontato da due differenti angolazioni cui corrispondono due differenti argomentazioni che attengono all'area della filosofia del diritto. La prima concezione, quella dualista, che costituisce il punto di partenza della nostra Corte Costituzionale, informa i rapporti tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale su base separata, individua ciascun ordinamento statale come un sistema chiuso di per sé autosufficiente e dotato di un proprio esclusivo fondamento di validità, il diritto internazionale indipendente da quest'ultimo abbisogna, al fine di divenire

giuridicamente rilevante all'interno dello Stato, della predisposizione di un apposito sistema di adattamento. L'altra differente impostazione, la teoria monista, si basa sull'assunto opposto secondo cui il diritto internazionale ed il diritto interno fanno parte di un quadro giuridico unitario cui corrisponde identità sia di soggetti che di fonti. L'applicazione del diritto internazionale all'interno dell'ordinamento statale e l'adattamento di quest'ultimo ai principi da esso formulati si avrebbe dunque in modo automatico proprio in virtù del rapporto di interazione tra i due sistemi giuridici. L'ordinamento giuridico italiano ha inteso, attraverso la previsione di cui all'art. 10 della Costituzione dare applicazione automatica, cioè a prescindere dalla necessità di approvare norme di adattamento, soltanto alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, diversamente dalle norme pattizie per le quali, non operando il rinvio all'art. 10 della Costituzione, l'applicazione è subordinata ad una legge di recepimento statale. Come precedentemente affermato, il primo fondamentale ostacolo incontrato dal diritto comunitario in termini di adattamento dell'ordinamento italiano agli obblighi nascenti dai Trattati comunitari e dalla normativa emanata sulla scorta di questi ultimi, è costituito dalla circostanza che la ratifica a tali trattati viene data attraverso lo strumento della legge ordinaria. Ciò ha fatto sorgere, fin da subito, dubbi in ordine alla costituzionalità di siffatte obbligazioni inizialmente sollevati dinanzi alla magistratura ordinaria, la quale, aveva rilevato due questioni importanti. In via interpretativa, da un lato aveva fatto rientrare le norme dei Trattati istitutivi e quelle approvate sulla base di questi ultimi, nella previsione di cui all'art. 11 Cost., escludendo, in tal modo, la necessità di

approvazione delle norme convenzionali con legge costituzionale; dall'altro aveva ritenuto necessario effettuare un esame particolareggiato delle singole disposizioni dei Trattati, per escludere che fossero in contrasto con la Costituzione, affermando, di fatto, la possibilità di un sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi di esecuzione dei Trattati comunitari. Sul tema fondamentale è la sentenza 98/1965 della Corte Costituzionale resa in tema di presunta illegittimità costituzionale della Legge 766/1952 per violazione degli artt. 102 e 113 della Costituzione, nella quale la Corte preliminarmente si pronunciò in merito alla ammissibilità della denuncia di illegittimità costituzionale della legge ordinaria di ratifica ed esecuzione di un trattato internazionale in quanto, quest'ultimo, capace di incidere su norme della Costituzione e, nel merito respinse l'eccezione di incostituzionalità sulla base dell'assunto per cui gli organi di giurisdizione interna non hanno competenza a sindacare gli atti degli organi della CECA in quanto, questi ultimi non soggetti al potere sovrano degli Stati membri della Comunità.

In tema di efficacia degli atti comunitari nel diritto interno, invece, la prima significativa pronuncia resa dalla Corte costituzionale risale al 1964⁵⁰ relativa alla questione di legittimità costituzionale della legge italiana di nazionalizzazione dell'energia elettrica, istitutiva dell'ENEL per presunto contrasto con l'art. 11 della Costituzione in quanto contraria la Trattato di Roma, Trattato che avrebbe assunto rango di norma costituzionale attraverso il richiamo all'art. 11 Cost. La Corte Costituzionale respinse l'eccezione di incostituzionalità, interpretando restrittivamente l'articolo 11 della Costituzione e risolvendo

⁵⁰ Corte costituzionale, sentenza 7 marzo 1964, n. 14, Costa c. Enel., sul punto vedasi G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 186.

l'antinomia tra fonte interna e comunitaria sulla base del criterio formale *lex posterior derogat priori*. Il ragionamento giuridico seguito dalla Corte fu che se da un lato la norma di cui all'art. 11 della Costituzione consente, laddove ne ricorrano i presupposti, di stipulare Trattati con cui si assumono limitazioni della sovranità cui è consentito dare esecuzione con legge ordinaria, dall'altro ciò non comporta alcuna deviazione delle regole vigenti in ordine all'efficacia nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati. In altri termini, secondo la ricostruzione della Corte, non si può sostenere che l'art. 11 abbia conferito alla legge ordinaria, che rende esecutivo il Trattato, un'efficacia superiore a quella di tale fonte di diritto, non è condivisibile dunque la tesi secondo cui la legge che contempla disposizioni difformi da quelle dei Trattati comunitari sarebbe incostituzionale per violazione indiretta dell'art. 11 della Costituzione né quella per cui la legge di esecuzione dei trattati sia inderogabile da parte di una legge ordinaria successiva e che quindi il recesso dalla Comunità richieda un procedimento di revisione costituzionale. Sotto il profilo formale, dunque, la legge ordinaria di esecuzione del Trattato non può fungere da norma interposta nel giudizio di costituzionalità in quanto la stessa non possiede una forza superiore e differenziata rispetto a quella delle leggi ordinarie. Fatti salvi, dunque, profili di responsabilità per lo Stato contraente rispetto agli obblighi assunti in sede comunitaria restano in vigore le normali regole di successione delle leggi nel tempo, secondo tali argomentazioni, dunque, ogni ipotesi di conflitto tra una norma comunitaria ed una norma nazionale non può dar luogo a questioni di costituzionalità. Le conseguenze, dunque, della violazione di

disposizioni comunitarie nel mentre potranno sicuramente essere apprezzabili e censurate da un punto di vista politico, sotto l'aspetto giuridico diventano irrilevanti.

Il principio dell'irrilevanza, ai fini del diritto interno, della violazione degli obblighi comunitari, prospettiva, questa della Corte Costituzionale senz'altro rigidamente formale, muove dal presupposto che gli obblighi assunti in sede comunitaria siano sempre rivedibili da parte del legislatore nazionale, non implicando una limitazione definitiva dei poteri sovrani, attraverso una manifestazione di volontà normativa contraria. Trovando applicazione, dunque, il principio della *lex posterior* in caso di antinomia tra fonte interna e fonte comunitaria prevarrà la disciplina sopravvenuta.

Questo originario indirizzo della Corte Costituzionale si poneva in aperto contrasto con quanto invece sostenuto in sede comunitaria dalla Corte di Giustizia⁵¹, la quale, negando la facoltà agli Stati di subordinare all'emanazione di un provvedimento di diritto interno l'efficacia degli atti comunitari, ne sosteneva la immediata e diretta applicabilità nonché la prevalenza sugli ordinamenti nazionali e ciò al fine di salvaguardare l'indispensabile uniformità ed efficacia del diritto comunitario in tutta la Comunità. Si osservava in particolar modo nella sentenza *Costa/Enel* che, proprio in virtù della natura specifica del diritto comunitario quest'ultimo non poteva incontrare limitazioni in qualsiasi provvedimento interno, sia antecedente che successivo, senza perdere il proprio

⁵¹ Cfr. *van Gend en Loos* del 1963, causa 26/62; *Costa c. Enel*, causa 6/1964, sentenza 15 luglio 1964.

carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità.

Il contrasto tra le due Corti, dunque, fu in prima battuta alquanto netto, la Corte Costituzionale, negando ogni processo di integrazione tra i due ordinamenti si orientò per una loro separazione; atteggiamento questo di chiusura della Corte che ha indotto autorevole dottrina a definire l'atteggiamento di cui si faceva portatrice la nostra Corte come "anticomunitario"⁵² ostile all'idea di una permeabilità dell'ordinamento interno verso quello comunitario⁵³.

2.1 La sentenza *Frontini* e la teoria dei contro limiti.

Nove anni più tardi la Corte costituzionale, con la sentenza 183/1973⁵⁴, si appresta a rivedere l'impostazione seguita, approfondendo meglio le sue considerazioni in merito ai rapporti tra i due ordinamenti ed esprimendo, in maniera compiuta, la sua versione dualista del rapporto tra norme comunitarie e diritto interno contrapposta alla versione monista, propria della Corte di Giustizia.

La questione sottoposta all'esame della Consulta riguardava la presunta illegittimità costituzionale dell'art. 2 della Legge 14 ottobre 1957 n. 1203, che ha reso esecutivo in Italia l'art. 189 del Trattato della Ce in tema di regolamenti comunitari e regime giuridico configurabile. Attraverso tale pronuncia la Corte issa alcuni principi in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e diritto

⁵² Cfr. A. RUGGERI, Riforma del titolo V e giudizi di "comunitarietà" delle leggi, Intervento al Seminario su Diritto comunitario e diritto interno, Palazzo della Consulta 20 aprile 2007.

⁵³ Cfr. P. BARILE, Il cammino comunitario della Corte, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 2401 e ss

⁵⁴ Corte Costituzionale, sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183

nazionale. In particolar modo, la Corte afferma che in tema di esercizio della potestà normativa da parte degli organi comunitari, il fondamento giuridico di tale attribuzione discende dall'articolo 11 della Costituzione il quale consente limitazioni all'esercizio della sovranità nazionale unicamente per il conseguimento delle finalità indicate nei Trattati istitutivi.

Inoltre, la stessa ribadisce che il diritto nazionale ed il diritto comunitario possono essere identificati come sistemi giuridici autonomi e distinti ancorché coordinati secondo le regole ordinarie di ripartizione delle competenze individuate dai Trattati istitutivi. Riferendosi poi più propriamente allo specifico campo del diritto comunitario, la Corte rileva le differenze esistenti tra tali norme ed il diritto internazionale nonché quello dello straniero e quello proprio dei singoli stati membri cui non si può rinviare quanto alle regole di applicazione e di adattamento rileva la necessità, in ottemperanza a esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica, che allo stesso si dia piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione e ciò a prescindere da leggi interne di recepimento e di adattamento e ciò al fine di assicurare che l'applicazione delle norme in parole sia uniforme ed uguale nei confronti di tutti i destinatari a prescindere dallo Stato di appartenenza.

Nodo centrale della sentenza, definito in dottrina come la teoria dei "controlimiti", il richiamo all'art. 11 laddove la Corte riconosce limitazioni all'esercizio della sovranità nazionale ma al tempo stesso rammenta che tali limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma, sottoscritto da Stati che si uniformano a principi di stato di diritto e garantiscono le libertà dei

cittadini, non possano comportare una violazione da parte degli organi comunitari dei principi fondamentali del nostro ordinamento e dei diritti inalienabili della persona e, che laddove ciò avvenisse opererebbe, in ogni caso, la garanzia del sindacato costituzionale sulla *perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali*. Alla penetrazione delle fonti comunitarie nell'ordinamento nazionale viene opposto un controlimite rintracciabile nella necessità di rispettare, in tutti i casi i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona. Tale teoria è stata poi successivamente meglio esplicitata dalla Corte nella sentenza successiva del 1989 n. 232 laddove la Corte pur riconoscendo che i diritti fondamentali desumibili dai principi comuni agli Stati membri che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, costituiscono parte integrante del diritto comunitario, riafferma che ciò non costituisce ostacolo o limitazione all'esercizio da parte della stessa del controllo di costituzionalità della legge di ratifica e di esecuzione con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona.

La Corte si attribuisce, dunque, il potere di verificare il rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona attraverso il controllo delle singole norme dei Trattati così come interpretate ed applicate dagli organi comunitari attraverso la predisposizione di una questione di legittimità costituzionale che abbia ad oggetto la legge di esecuzione del Trattato nella parte in cui autorizza l'inserimento nell'ordinamento della norma giuridica contestata. Nel caso di specie si discuteva in ordine alla

presunta incostituzionalità della facoltà attribuita alla Corte di Giustizia di limitare gli effetti, in termini di retroattività delle sentenze pregiudiziali di invalidità in quanto tale attribuzione potenzialmente lesiva del diritto di difesa, in considerazione della circostanza che il giudice del rinvio avrebbe dovuto comunque applicare la disposizione riconosciuta illegittima, non esplicando, la sentenza adottata dalla Corte di Giustizia, effetti nella controversia oggetto del giudizio principale. La Corte non manca, dunque, di rilevare il paradosso che si produrrebbe laddove il giudice nazionale trovandosi al cospetto di una norma effettivamente ritenuta invalida la cui invalidità, tuttavia non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, in tale evenienza, il giudizio dovrebbe essere risolto attraverso l'applicazione di una norma ritenuta illegittima. A titolo di completezza va riportato che il caso in questione fu risolto dalla Consulta attraverso una pronuncia di inammissibilità per irrilevanza in quanto la controversia di cui era investito il giudice a quo non era quella che aveva provocato la declaratoria di invalidità del regolamento contestato, vale la pena però sottolineare che l'aspetto saliente di tale pronuncia, che la rende interessante in relazione all'oggetto d'indagine è che il giudizio di incostituzionalità della Corte Costituzionale in riferimento singole norme dei Trattati produce l'effetto di rendere disapplicabile la norma comunitaria nell'ordinamento nazionale.

Con la successiva sentenza del 30 ottobre 1975, n.232⁵⁵ la Corte, abbandonando principio della *lex posterior* chiarisce i rapporti nell'ipotesi di norme interne successive incompatibili rispetto a quelle comunitarie (per le quali

⁵⁵ In tale direzione cfr. anche Corte Cost. 28 luglio 1976, n.205 e 29 dicembre 1977, n.163.

si rende necessario il giudizio di incostituzionalità da parte della Consulta) o dal contenuto meramente riproduttivo di una norma comunitaria, nella sentenza 232/1975 si applica lo schema dell'illegittimità costituzionale anche nell'ipotesi di contrasto della norma interna con quella comunitaria. Il modello di controllo giurisdizionale individuato in merito all'osservanza del diritto comunitario è di tipo misto, si impone, tuttavia una ulteriore precisazione a seconda che l'antinomia tra le norme sia dovuta ad una norma interna sopravvenuta in relazione alla quale opererà il controllo accentrato da parte della Corte Costituzionale, ovvero preesistente alla legge comunitaria successiva cui corrisponde il controllo diffuso dei giudici comuni. Soltanto nel primo caso considerato, infatti, la norma statale sarà costituzionalmente illegittima per contrasto mediato con l'art 11 della Costituzione, rilevando, nell'ipotesi inversa, b la caducazione implicita della norma statale incompatibile con la disciplina comunitaria successiva che andrà applicata dal giudice nazionale. Sul punto, inoltre, l'effetto caducatorio sarà retroattivo laddove la norma comunitaria confermi la disciplina già dettata dagli organi della CEE rispetto al medesimo oggetto, anteriormente all'entrata in vigore della norma nazionale contrastante.

Quanto al primo punto la Corte chiarisce che, con riferimento alle norme interne successive incompatibili con norma comunitaria, il vigente ordinamento non consente al giudice nazionale da un lato la disapplicazione delle stesse nel presupposto generale della prevalenza del diritto comunitario su quello statale, né dall'altro gli riconosce il potere di dichiarare incidentalmente la nullità della legge statale successiva pur se in palese contrasto con un precetto derivante da una fonte

comunitaria e ciò in quanto deve escludersi che il trasferimento di competenze agli organi delle Comunità comporti come conseguenza una radicale privazione di efficacia della volontà sovrana degli organi legislativi degli Stati membri. Al tempo stesso non sembra possibile neanche ammettere che la disapplicazione della norma nazionale configgente possa essere effettuata, con riferimento al caso concreto dal giudice nazionale, il quale dovrebbe in via interpretativa individuare tra le due la sola norma validamente applicabile al caso concreto, e ciò non è ipotizzabile in quanto ciò equivarrebbe ad ammettere che il giudice nazionale sia dotato del potere di accertare e dichiarare una incompetenza assoluta del nostro legislatore, sia pure limitatamente a determinate materie, potere questo, che non gli è sicuramente attribuito dal nostro ordinamento. Non può essere ipotizzato, in altri termini un difetto astratto di funzione poiché questo costituirebbe una inammissibile e radicale privazione della sovranità statale, residuando, invece, in ogni materia comunitaria un frammento di sovranità statale attivabile quando siano posti in discussione i principi fondamentali dell'ordinamento ed i diritti inviolabili della persona. Quanto sopra comporta, dunque, la conseguenza che il giudice nazionale sarà tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale denunciando la violazione dell'articolo 11 della Costituzione.

La soluzione su prospettata, se da un lato garantisce che nessun giudice possa erroneamente applicare la norma interna configgente perché quest'ultima decade, condiziona l'applicabilità giudiziale della normazione comunitaria ad un atto interno allo Stato, possibilità preclusa dall'art. 249 TCE, circostanza questa,

immediatamente ricavabile per i regolamenti comunitari in quanto fonte espressamente indicata come direttamente applicabile.

2.2 La prevalenza del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: la sentenza Granital

Date le premesse di cui sopra, di lì a poco si riaprì il lungo contrasto con la Corte di Giustizia. Nel 1978 con la celebre sentenza *Simmenthal*⁵⁶ la Corte del Lussemburgo rilevò che, in virtù del principio della prevalenza del diritto comunitario, qualsiasi giudice nazionale, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario, anche attraverso la disapplicazione delle disposizioni interne, anteriori o successive, eventualmente contrastanti con la norma comunitaria senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. Sarebbe, dunque, incompatibile con il diritto comunitario qualsiasi disposizione o prassi che negando tale attribuzione al giudice nazionale, limiti nei fatti la concreta efficacia del diritto comunitario. In virtù del principio di preminenza del diritto comunitario sui diritti nazionali, dunque, le disposizioni del Trattato e gli atti adottati dalle Istituzioni comunitarie, laddove direttamente applicabili hanno l'effetto di rendere ipso jure qualsiasi disposizione nazionale con essa contrastante e di impedire, al contempo la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali nella misura in cui questi siano incompatibili con le norme comunitarie.

⁵⁶ *Simmenthal*, causa 106/1977, sentenza 9 marzo 1978.

Alla luce delle considerazioni anzi dette la Corte Costituzionale con la sentenza 170/1984 (*Granital v. Ministero delle finanze*)⁵⁷ rilegge il proprio orientamento adeguandosi alla sentenza *Simmenthal* della Corte di Giustizia, pur mantenendo ferme le acquisizioni antecedenti, vedasi la concezione dualista o di separazione dei due ordinamenti⁵⁸, e riconosce la piena competenza del giudice di merito a dare applicazione immediata alla norma comunitaria. La Corte parte dall'assunto di base che al regolamento comunitario sia attribuita forza e valore di legge e che allo stesso vada riconosciuta la stessa efficacia di cui è dotato nell'ordinamento di origine, tale circostanza fa sì che una norma nazionale, sia essa antecedente ovvero successiva alla norma comunitaria non può limitare la sfera di efficacia di quest'ultima, l'effetto connesso alla vigenza della norma comunitaria non è, dunque, quello di caducare la norma statale con essa incompatibile bensì quello di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia pendente dinanzi al giudice nazionale. Il sindacato sul contrasto fra norme interne e comunitarie e la risoluzione dell'antinomia esistente viene dunque risolto dal giudice comune.

La preminenza del diritto comunitario su quello nazionale, dunque, viene assicurato innanzitutto sul piano ermeneutico attraverso il principio della presunzione di conformità della legge nazionale ai regolamenti comunitari, principio in base al quale, tra le possibili interpretazioni della prima va prescelta quella conforme alle prescrizioni del secondo e che anche in virtù del disposto

⁵⁷ In Giurisprudenza Costituzionale, I, 1984, p.1098. Conformi n.48/1985; n.141/1986; n.168/1991.

⁵⁸ Cfr. SERRANO, *Profili della riserva di legge tributaria tra norma interna e norma tributaria*, Messina, 2005, p.95 ss.

costituzionale garantisce l'osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato. Tali affermazioni meritano di essere sottolineate in quanto costituiscono, rispetto al problema in esame la netta enunciazione di un principio, diverse volte invocato in dottrina e già applicato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (v. sentt. 176 e 177 del 1981)⁵⁹ per cui in caso di conflitto tra il diritto statale e quello comunitario tra le possibili interpretazioni del primo va scelta quella conforme al secondo, ove invece tale irriducibile contrasto persista la prevalenza della norma comunitaria successiva sarà assicurata attraverso la caducazione della norma nazionale, nel caso opposto laddove il contrasto, non risolvibile in via interpretativa sia con una norma statale successiva occorrerà sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Come sopra già accennato tale ricostruzione muove dal presupposto, mai contestato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale che i due ordinamenti, quello comunitario e quello nazionale siano separati (concezione dualista) ancorché coordinati tra di loro, tale separazione di competenze fa sì non sussistendo tra gli stessi alcun rapporto gerarchico la primazia del diritto comunitario nell'applicazione si esprime non tanto nella prevalenza di questo sulla norma nazionale quanto nella priorità della sua applicazione.

Questa posizione poteva essere ricostruita dogmaticamente facendo ricorso (con scelta molto congeniale del giudice relatore Antonio La Pergola) alla dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano, in base alla quale può avvenire che uno Stato riconosca, quali entità caratterizzate da propria

⁵⁹ Cfr Corte Costituzionale 06/10/1981 n. 176 e Corte Costituzionale 06/10/1981 n. 177.

ed autonoma giuridicità e non come meri eventi di fatto, altri ordinamenti giuridici diversi dal suo, accordando all'interno di questo giuridica rilevanza alle loro norme⁶⁰.

Accogliendo tali argomentazioni, così come meglio specificato nella giurisprudenza successiva della Corte Costituzionale⁶¹, si giunge all'ulteriore considerazione che la norma nazionale incompatibile con quella comunitaria non subisce alcun effetto estintivo o modificativo in virtù della diretta applicabilità della norma comunitaria, dunque, perdurando validità ed efficacia della stessa «è sempre fatto obbligo al legislatore nazionale di apportare le necessarie modificazioni ed abrogazioni al proprio diritto interno per depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie». La possibilità che una siffatta legge venga disapplicata dal giudice ordinario non è di per se condizione sufficiente ad eliminare l'infrazione insita nell'esistenza stessa della legge configgente. Come emerge dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶² sebbene il contrasto riguardi una norma comunitaria direttamente applicabile (nel caso di specie anche successiva alla legge nazionale) la mancata modifica od abrogazione di leggi nazionali incompatibili, ancorché disapplicate *determina una situazione di fatto ambigua per gli interessati dal momento che lascia sussistere uno stato di incertezza circa la possibilità di far appello al diritto comunitario*.

Il fatto che la norma nazionale incompatibile non subisce alcun effetto abrogativo né è da considerare nulla, incostituzionale o illegittima comporta che la

⁶⁰ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1951, 162 ss.

⁶¹ Cfr Corte Costituzionale 4 luglio 1989 n. 389.

⁶² Corte di Giustizia senza 4 aprile 1974, causa 167/73 in Foro it., 1974, IV, 200.

stessa continua ad esplicitare effetti fuori dalla sfera comunitaria oltre al fatto che, la stessa potrebbe tornare a condizionare la fonte comunitaria laddove si evidenzia poi successivamente un contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

Se in prima battuta quanto sopra può apparire di semplice comprensione in realtà il rapporto tra i due ordinamenti resta ancora per lungo tempo condizionato da una incerta qualificazione dei rapporti, il fatto stesso che la norma nazionale contrastante con quella comunitaria resti valida ha condotto la Corte Costituzionale ad effettuare anche delle correzioni terminologiche onde prevenire dubbi in ordine alla presenza di vizi dell'atto interno in realtà non sussistenti, precisando che la prevalenza del diritto comunitario produce l'effetto di "non applicazione" della legge nazionale piuttosto che di "disapplicazione"

Quanto sopra costituisce una affermazione sul piano nazionale del pensiero da sempre manifestato dalla Corte di giustizia la quale, anzi, ha specificato che il principio del primato si applica a tutte le norme di diritto comunitario, sia primario che derivato. In particolar modo, per quanto riguarda le costituzioni nazionali, la Corte di giustizia le ha ritenute anch'esse subordinate al diritto comunitario. A partire dall'ordinanza San Michele del 22 giugno 1965, la Corte ha sostenuto che il giudice nazionale è tenuto a non applicare le disposizioni costituzionali in contrasto con il diritto comunitario.

Sul piano nazionale, invece, la Corte Costituzionale, se con la sentenza 170 stabilisce definitivamente il primato del diritto comunitario su quello

nazionale, è solo con la successiva sentenza 399/1987⁶³ che ammette che il diritto comunitario si impone sul diritto statale e regionale e ciò anche in violazione delle regole stabilite da norme di rango costituzionale in tema di riparto delle competenze. Nel caso in questione, si trattava di un conflitto di attribuzione nel quale le Regioni ricorrenti lamentavano una ingerenza nella sfera di competenza ad esse demandata da un Regolamento comunitario (Reg. CEE 2088/85), costituitasi l'Avvocatura dello Stato eccepiva l'inammissibilità della questione rilevando che il conflitto presupponeva una competenza costituzionalmente garantita. La Corte Costituzionale risolse la questione affermando che, fatti salvi i principi supremi dell'ordinamento ed i diritti inalienabili della persona, gli organi comunitari non sono tenuti ad osservare puntualmente la disciplina nazionale ed in particolare le regole che disciplinano il riparto delle competenze anche se previste da norme di rango costituzionale, ma possono emanare disposizioni di contenuto differente.

Resta a questo punto da chiarire qual è la normativa comunitaria e direttamente applicabile cui si riferisce la Corte Costituzionale. Il pensiero corre immediatamente ai regolamenti comunitari, che presentano, per definizione le caratteristiche su menzionate, eccezion fatta per le ipotesi in cui anche essi richiedano atti statali di esecuzione e di integrazione. È ad essi che la Corte Costituzionale (Cfr ord. 81/1985 e sent. 47 e 48 1985) si rivolge nell'affermare la prevalenza sulla fonte nazionale distinguendoli dalle direttive comunitarie (sent.

⁶³ Corte Costituzionale 11 novembre 1987, n. 399 in GiureCost.

182/1976 e ord. 288/1996) che a differenza dei primi non costituiscono fonte immediata di diritti ed obblighi sia per gli Stati che per i loro cittadini.

Le direttive, in altri termini non hanno di regola efficacia diretta in quanto si rivolgono generalmente agli Stati ai quali richiedono l'adozione, entro certi termini di provvedimenti legislativi, regolamentari o amministrativi per il conseguimento di determinati obiettivi comuni.

Con la sentenza 64/1990⁶⁴ la Corte Costituzionale afferma che anche le direttive comunitarie possono essere immediatamente applicabili e che conseguentemente prevalgono sul diritto nazionale incompatibile potendo, se incondizionate e sufficientemente precise, essere richiamate in mancanza di provvedimenti di attuazione adottati nei termini, per opporsi a qualsiasi disposizione non conforme di diritto interno. Successivamente, con la sentenza 168/1991⁶⁵, vengono precisate le condizioni per l'immediata applicabilità delle direttive che, secondo l'ipostazione della Consulta vanno verificate nel sistema delle fonti dell'ordinamento che le ha prodotte ovvero nelle pronunce della Corte di Giustizia che da tempo ha elaborato principi molto puntuali ritenendo che in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiano da un punto di vista sostanziale incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato di appartenenza sia nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia recepito la direttiva sia nell'ipotesi in cui l'abbia recepita in modo inadeguato.

⁶⁴ Corte Costituzionale 18/01/1990 n. 64 in GiurCost.

⁶⁵ Corte Costituzionale 8 aprile 1991 n.168 in GiurCost.

Questa breve rassegna della giurisprudenza maggiormente significativa è il sintomo di come la materia sia in continua evoluzione. in materia fiscale.

A tale evoluzione nei rapporti tra gli ordinamenti ha indubbiamente contribuito, la riforma del Titolo V della Costituzione intervenuta con la L. 3/2001. Norma chiave l'articolo 117, comma primo, il quale dispone che "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". La formula utilizzata dal legislatore costituzionale è stata definita in dottrina⁶⁶ "una formula di apertura espressa nella nostra Costituzione ai principi ed ai valori dell'ordinamento comunitario". Tuttavia, ci preme sottolineare come la sua genericità non la renda, di per sé sufficiente a determinare la definitiva adesione alla teoria monista e pertanto, , di fatto contribuisce poco a risolvere in via definitiva il problema del rapporto fra gli ordinamenti.

In altri termini nonostante la sostanziale convergenza tra la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia europea, nonché la riforma costituzionale del titolo quinto che di fatto consente l'apertura alla teoria monista, restano alcune perplessità in ordine a tematiche che attendono una migliore sistemazione se non definitiva quanto meno più ragionevole a livello comunitario.

Il tema dell'incidenza del diritto comunitario sulla materia penale⁶⁷, innanzitutto, la cui peculiarità giustifica autonoma trattazione in seguito, in

⁶⁶ Cfr. TORCHIA, *Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V parte II della- Costituzione*

⁶⁷ Cfr. G. GRASSO, *Diritto comunitario e diritto interno, profili penali*, in *Diritto comunitario e diritto interno, Atti del seminario 20 aprile 2007*, pag 265 e ss.

particolar modo con riferimento al problema della riserva di legge come limite alla rilevanza del contrasto di una norma penale con una norma comunitaria.

Altro tema su cui si aprono interessanti discussioni è quello delle direttive, innanzitutto cui attribuire effetti diretti solo in linea verticale, non in funzione della natura dell'atto ma per sopperire ai frequenti ritardi o inadempimenti degli Stati membri pone dei problemi, in termini di ricaduta interna ad esempio in tema di uguaglianza, e di certezza del diritto.

Altro tema delicato quello degli effetti delle sentenze della Corte di Giustizia. La sentenza Granital ha affermato che il controllo esclusivo di compatibilità delle norme nazionali con quelle comunitarie sprovviste di effetto diretto spetta alla Corte Costituzionale, tuttavia, nella stessa sentenza si afferma che la pronuncia comunitaria ed il suo contenuto vadano subito applicati dai giudici comuni. Resta da valutare, dunque, se il ricorso alla Corte Costituzionale vada effettuato anche laddove il contrasto tra le due norme sia già stato accertato dalla Corte di Giustizia nell'ambito di una procedura di infrazione nell'ambito della quale, a differenza che nel corso di un procedimento per rinvio pregiudiziale, la stessa è chiamata ad accertare e dichiarare direttamente l'incompatibilità e dunque l'illegittimità. A rigore, infatti, la norma nazionale dichiarata illegittima nell'ambito di una procedura di infrazione non può trovare applicazione né da parte dei giudici comuni né da parte delle amministrazioni, in tale evenienza si rende indispensabile l'intervento del legislatore, necessario solo ai fini della certezza del diritto, mentre un intervento della Corte Costituzionale non dovrebbe risultare in tale evenienza indispensabile, anzi ci si interroga in ordine allo spazio

di intervento che residui alla Corte Costituzionale per un annullamento ex tunc della norma dopo che sia intervenuto il legislatore ex nunc la norma illegittima.

2.2.1 Segue. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Merita senz'altro di essere sottolineata, nel solco del lungo cammino giurisprudenziale che si sta ricostruendo, la recente ordinanza della Corte Costituzionale su indicata, con la quale quest'ultima attiva, per la prima volta in Italia, il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nell'ambito di un giudizio di costituzionalità. In estrema sintesi la Corte ha disposto di sottoporre alla Corte di Giustizia della Comunità Europea la questione pregiudiziale di interpretazione di norme di diritto comunitario in funzione della decisione di giudizio pendente di fronte alla stessa.

Già a prima lettura viene in evidenza la portata dell'ordinanza in parola la quale costituisce uno sconvolgimento del precedente orientamento della stessa in merito alla proponibilità da parte di quest'ultima di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. In passato, infatti, la Corte aveva escluso che la stessa fosse competente a sollevare questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario dinanzi alla Corte Europea di Giustizia in base all'art. 234 (ex art. 177) del Trattato istitutivo delle Comunità Europee e ciò in quanto la stessa non poteva essere inclusa non poteva essere inclusa fra gli “ organi giudiziari, ordinari o speciali” competenti a rinviare in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia⁶⁸.

⁶⁸ Cfr. Corte Costituzionale 16 marzo 1960 n. 13 in GiurCost.

Discostandosi apparentemente da tale impostazione con la sentenza n. 168/1991 la stessa sostenne, seppur incidentalmente, di avere la facoltà di sollevare anch'essa questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 177 cit., e di potere in ogni caso procedere anche alla diretta interpretazione della normativa comunitaria. Con giurisprudenza successiva ribadita e confermata nell'ordinanza n. 536/1995 la Corte costituzionale si autoescluse dal novero della “ giurisdizione nazionale “ alla quale fa riferimento il Trattato istitutivo della Comunità europea. E lo fece ponendo l'accento sulle sue funzioni e definendole peculiari per la magistratura ordinaria in quanto la Corte esercita *essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni*.

In dottrina non sono mancati commenti che hanno teso ad identificare tale atteggiamento della Corte incoerente⁶⁹ e ciò sulla base delle argomentazione che l'hanno portata, ad esempio, a riconoscersi essa stessa competente a sollevare la questione di legittimità costituzionale nell'esercizio di tutte le sue funzioni a carattere giurisdizionale sulla base dell'assunto che ai fini di riconoscere tale competenza non rileva l'appartenenza ad un ordine giudiziario, ma la legittimazione, secondo la legge, a decidere in via tendenzialmente definitiva, in posizione di radicale terzietà e nel contraddittorio con gli interessati. L'obiezione principale è dunque relativa all'esclusione della Corte Costituzionale tra i soggetti

⁶⁹ Barone A, *Corte Costituzionale e diritto comunitario*, nota all'ordinanza 536/1995 in Foro Italiano 1996, I, c. 786 ss., Fumagalli L., *Competenza della Corte di Giustizia e ricevibilità della domanda nella procedura pregiudiziale*, in *Dir. Comunitario scambi internazionali*, 1993, 311. spec 319-320, testo e note.

legittimati a proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia potendo, al contempo, la stessa sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma.

Con l'ordinanza in epigrafe la Corte abbandona questi suoi precedenti statuendo che essa costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE, precisando che trattasi di giurisdizione di unica istanza stante la non impugnabilità delle sue decisioni in virtù del disposto dell'art. 137, terzo comma, Cost. significativa tale ultima circostanza, infatti, trattandosi di giurisdizione di ultima istanza, quella costituzionale, laddove si precludesse alla Corte Costituzionale l'esercizio del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, l'interpretazione di quest'ultima data alla norma comunitaria non avrebbe più modo di trovare applicazione con riferimento al giudizio de quo.

La vera svolta è dunque da rintracciare in tale ultima circostanza. La Corte, discostandosi dal suo precedente pensiero, cui filo conduttore erano i rapporti tra il diritto nazionale ed il diritto comunitario, a salvaguardia del primo, dà l'impressione di sentirsi per la prima volta coinvolta nel processo di sviluppo del diritto comunitario. Nell'auto-riconoscersi competente ad esercitare il rinvio pregiudiziale, in quanto giudice di ultima istanza, mira a tutelare l'uniforme applicazione del diritto comunitario seppure limitatamente alle vicende in cui la stessa sia interessata a seguito di impugnazioni in via principale. Ma, oltre al preteso interessamento alla materia comunitaria da parte della Corte di Giustizia è dato comprendere anche un'ulteriore ricostruzione dei rapporti tra diritto nazionale e diritto comunitario. In passato la Corte ha configurato i rapporti tra

ordinamento comunitario e nazionale in termini di sistemi autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal

Trattato (sentenza n. 170/1984), e comunicanti (sentenza n. 389/1989).

Con l'ordinanza in parola la Corte per la prima volta afferma che ratificando i Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte dell'ordinamento comunitario, e cioè di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello statale. In tal modo, riconoscendo il ruolo della giurisprudenza comunitaria nell'ordinamento giuridico nazionale la stessa non solo manifesta la sua considerazione per l'interesse generale all'uniformità dell'interpretazione del diritto comunitario, ma si dichiara disposta a seguire l'interpretazione del diritto comunitario data dai giudici comunitari. Resta da chiedersi se, tale inversione di tendenza, peraltro stranamente non accompagnata da alcun riferimento da parte della Corte al suo precedente e contrario orientamento, sia da interpretare come un primo slancio verso poi una più completa disponibilità ad un rapporto diretto con la Corte di Giustizia o se rimarrà un caso isolato.

2.3 *I riflessi di natura penalistica.*

Giunti a questo punto si impone una riflessione in ordine ai rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nazionale e ciò alla luce dei principi di riserva di legge (art. 25 Cost) e di irretroattività della legge penale.

È necessario verificare se sia consentito e, in caso positivo, quale ne sia l'ampiezza di una incidenza delle fonti del diritto sovranazionale sul diritto penale interno. Come accennato tale indagine dovrà essere svolta assumendo quale

parametro di valutazione il principio costituzionale di legalità e di riserva di legge in materia penale, solennemente sancito dall'art. 25, comma 2, Cost. in base al quale "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso", tale principio che è denominato di " stretta legalità" è ribadito e precisato nell'art. 1 del codice penale.

In via generale, avendo il giudice costituzionale nelle pronunce su richiamate, sulla scorta di quello comunitario, attribuito alla normativa comunitaria direttamente applicabile la stessa forza di una legge, il principio della riserva di legge non dovrebbe porre problemi ulteriori. La stessa Corte Costituzionale, già con la sentenza Frontini del 1973 esclude la rilevanza della riserva di legge in materia tributaria fissata dall'art. 23 della Costituzione precisando che sul piano formale il principio della riserva di legge non fosse applicabile in quanto alle norme comunitarie in quanto queste ultime provengono da un ordinamento distinto da quello interno e sono fonte autonoma di produzione normativa inoltre, sul piano sostanziale, la garanzia della riserva di legge non risultava violata in quanto i regolamenti comunitari in ogni caso dovevano sottostare ai criteri direttivi sanciti dal Trattato istitutivo.

In sostanza, il quesito cui si cercherà di fornire una risposta attiene all'ampiezza della nozione di "legge" accolta dalla norma costituzionale citata onde verificare se, con riferimento alla materia penale il parametro costituzionale di riferimento consente di ritenere che la normativa comunitaria sia assimilabile a quella nazionale anche in campo penale.

In via preliminare, inoltre, è opportuno precisare che la tematica che si analizza, attiene esclusivamente alle ipotesi nelle quali la normativa sovranazionale incide direttamente sulle norme penali interne, non essendo necessaria alcuna verifica in ordine al principio di legalità laddove la norma comunitaria sia stata recepita attraverso una legge statale.

Si osserva in dottrina⁷⁰, che in realtà trattandosi, il principio di legalità, di un principio complesso nel quale la riserva di legge ne rispecchia l'aspetto formale ed il principio di determinatezza quello sostanziale, l'attuale connotazione effettiva delle norme comunitarie, non sufficientemente determinata non ne consentirebbe un'immediata applicazione. Peraltro, l'orientamento maggioritario in dottrina esclude una diretta competenza delle istituzioni comunitarie in materia penale e, tale circostanza risulta confermata dalla inesistenza al momento di autonome fattispecie incriminatrici provenienti dall'ordinamento comunitario. Conseguentemente se il principio dell'interpretazione conforme alla costituzione deve essere privilegiato al fine di prevenire un eventuale conflitto di costituzionalità, dall'altro lato così come elaborato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, il principio di legalità costituisce il contro limite che non può essere disatteso dalla norma comunitaria sia pure direttamente applicabile e prevalente.

Il discorso si sposta dunque su un altro aspetto, quello che riguardala possibile influenza del diritto comunitario sul diritto penale nazionale. In relazione a quest'aspetto occorrerà distinguere se trattasi di efficacia in bonam

⁷⁰ A. Nappi, *L'immediata applicabilità del diritto comunitario nell'ordinamento italiano*, in *Incontri del CSM*, Roma 2003.

partem ovvero di efficacia in malam partem. Quanto al primo punto, non si pone in discussione l'efficacia in bonam partem della fonte comunitaria in quanto principio già condiviso nella giurisprudenza nazionale. La stessa Corte di Cassazione in applicazione di tale principio ha ritenuto che la legge 9 dicembre 1977 n. 903, (in tema di divieto di lavoro notturno per le donne nelle aziende manifatturiere anche artigianali) contrastasse con la Direttiva 76/207/CEE, come interpretata dalla Corte di Giustizia, e dovesse conseguentemente essere disapplicata. Autorevole dottrina⁷¹ ha ricostruito il problema dell'efficacia in bonam partem del diritto comunitario facendo riferimento alla circostanza che l'esercizio di un diritto riconosciuto dalla normativa comunitaria potrebbe dare vita ad una causa di giustificazione ex art 51 cod. pen., circostanza, questa, che potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui la norma comunitaria contrasti integralmente con il divieto penalmente sanzionato dal diritto nazionale.

Non va inoltre dimenticato che l'indagine in ordine alla compatibilità della normativa nazionale con quella comunitaria non va compiuta soltanto in ordine alle singole fattispecie incriminatrici estendendosi anche sulla tipologia e l'entità delle sanzioni in quanto il diritto comunitario, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia, consente un ampio sindacato di proporzionalità della pena e di ragionevolezza, in generale, delle incriminazioni⁷², anche se, in generale, si può compiutamente affermare che "l'interesse" della Corte di Giustizia in ordine alla

⁷¹ G. Grasso, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989.

⁷² Cfr. Corte di Giustizia 29 febbraio 1996, in raccolta 1996, 943; Corte di Giustizia 17 ottobre 1995 83/94, in raccolta 1995, 3221.

sanzione penale si limita ad una verifica sulla effettività e sulla proporzionalità della stessa⁷³.

Diverso il caso dell'efficacia in malam partem del diritto comunitario che si verifica allorquando il significato di una norma penale dipende dalla sua integrazione con altre norme, integrazione che potrà riguardare tanto la definizione del fatto, quanto il precetto stesso.

Secondo la giurisprudenza costituzionale la possibilità dell'integrazione della legge penale da parte di norme non legislative incontra precisi limiti relativamente al precetto, alla sanzione ed ai soggetti cosicché non possa ammettersi tale integrazione da parte di una norma comunitaria sia che la stessa sia direttamente applicabile sia che al contrario non lo sia ritenendosi in ogni caso indispensabile, anche nel caso di un regolamento comunitario direttamente applicabile il suo recepimento mediante una norma statale. Diversa sarebbe l'ipotesi in cui la etero-integrazione incida solo sulla definizione del fatto, contribuendo, come ogni altra fonte normativa, alla descrizione della fattispecie in questa ipotesi il principio di legalità sarebbe fatto salvo.

In ogni caso, stante la circostanza che la maggior parte delle ipotesi di influenza delle fonti comunitarie sul diritto penale può provenire dalle norme contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo ancor prima di fornire una risposta in ordine al quesito su cui si indaga, si impone una preliminare trattazione della stessa soprattutto alla luce della circostanza che la tesi oggi assolutamente prevalente in dottrina e in giurisprudenza è quella della immediata

⁷³ Cfr. Corte di Giustizia 29 settembre 1998 e Corte di Giustizia 4 dicembre 1997.

precettività delle norme della CEDU all'interno del nostro ordinamento, a differenza delle norme del diritto comunitario.

3. *CEDU e diritto nazionale. Il rango delle norme della Convenzione.*

L'importanza e la centralità nell'ambito dell'ordinamento interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sono oramai indiscutibili. Tale rilevanza si avverte profondamente nell'ambito del processo penale posto che l'art 6 C.e.d.u. enuclea i principi fondamentali da cui non è dato prescindere ai fini della realizzazione di un equo processo. Oltre alla disposizione appena citata, vi sono, poi, altre norme, gli artt. 3, 5 ed 8 concernenti diritti fondamentali dell'individuo che l'accertamento processuale potrebbe inficiare e che, dunque, costituiscono parametri ai quali costantemente guardare per l'affermazione di un processo penale "equo". Data questa premessa è necessario verificare in quali termini e modi essa si espliciti a livello del processo penale.

In quest'ottica, la ricerca si muoverà in duplice direzione: analizzare gli orientamenti della Corte Costituzionale in ordine all'efficacia ed alla vincolatività delle norme Cedu al fine di individuarne l'ambito concreto di operatività per poi passare alla selezione ed all'analisi dei principi fondamentali Cedu e della loro influenza sul processo penale.

Volendo fare una breve premessa storica per lungo tempo la protezione dei diritti fondamentali è stata confinata, stante la teoria della sovranità dello Stato, nell'ambito dell'ordinamento e delle costituzioni dei singoli Paesi.

Dopo la seconda guerra mondiale, il Consiglio d'Europa promosse la Convenzione di Roma del 4 novembre 1950, la quale, richiamandosi espressamente ai principi supremi enunciati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il profilo di maggior rilievo della sopracitata Convenzione europea va individuato nel sistema di controllo istituito, a protezione dei diritti umani.

E' certo che tutto l'impianto di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo ha sin da subito generato non pochi conflitti in primo luogo interpretativi ed applicativi tra le Corti europea e quella nazionale in merito alla immediata applicabilità della normativa Cedu ed alla sua vincolatività a livello nazionale.

In base all'impostazione dualista del rapporto fra ordinamento interno e normativa internazionale, l'adattamento del diritto italiano alla CEDU è avvenuto con legge ordinaria, la n. 848 del 1955. Quanto sopra, alla stessa stregua di quanto avvenuto per il diritto comunitario proveniente dai Trattati istitutivi, ha posto taluni problemi, riguardanti la collocazione della CEDU all'interno del sistema nazionale delle fonti. In particolare, ci si è interrogati sul valore giuridico da attribuire alla Convenzione e sulla possibilità/necessità di ancorarla ad una base legale di rango costituzionale, in considerazione della sua autorevolezza e dell'importanza del suo contenuto. Vi sono ordinamenti come quello austriaco dove la Convenzione ha un valore costituzionale, altri invece dove è sovraordinata alla legge, ma subordinata alla Costituzione, altri ancora nei quali si colloca a

livello legislativo⁷⁴. Quanto all'ordinamento italiano partendo dalla volontà di valorizzarne il contenuto e di dare accoglienza alla Convenzione si possono individuare posizioni molto diverse in particolar modo la dottrina ha elaborato almeno quattro diverse teorie che mirano a riconoscere un valore superiore a quello della legge ordinaria⁷⁵

Originariamente l'ordinamento italiano si è accostato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo seguendo l'ipostazione dualistica che imposta i rapporti tra diritto nazionale e diritto internazionale. Seguendo tale impostazione la Cedu al pari del diritto internazionale pattizio non esplica effetti giuridicamente vincolanti all'interno dell'ordinamento nazionale fino a che la stessa non venga trasposta in una fonte di diritto interno e, una volta che ciò si abbia per realizzato alla stessa verrà riconosciuta la stessa veste giuridica e lo stesso valore dell'atto di recepimento. La Cedu, dunque, non ha ricevuto almeno inizialmente un trattamento giuridico ad hoc e ciò neanche in considerazione della peculiarità dei principi da essa espressa, pertanto, la Convenzione, recepita nell'ordinamento italiano con L. 848/1995 ha cominciato ad avere efficacia giuridica a partire dall'approvazione di tale norma e ha assunto la medesima efficacia dell'atto interno, con la conseguenza, che per lungo tempo è stata considerata fonte primaria dell'ordinamento italiano.

Per lungo tempo la dottrina ha tentato di individuare una copertura costituzionale alla Convenzione e ciò in primis in virtù della considerazione che

⁷⁴ Cfr L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002.

⁷⁵ Cfr F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 1994, 51 ss.

dal punto contenutistico la Convenzione è certamente più vicina ad una fonte materialmente costituzionale in considerazione della circostanza che i diritti fondamentali dell'uomo fanno parte del contenuto imprescindibili di un po' tutte le costituzioni moderne, che ai trattati internazionali.

3.1 Le teorie sulla copertura costituzionale della Convenzione.

Alla luce di quanto sopra, pur senza sconvolgere e mettere in discussione l'impostazione dualistica dei rapporti internazionali dell'Italia si è cercato di trovarle una copertura costituzionale che la distinguesse da una norma ordinaria consentendole di resistere al cospetto di una norma di legge interna che potesse, in qualche modo, derogare alla Convenzione. La copertura costituzionale è stata di volta in volta individuata alternativamente o cumulativamente negli artt. 10, 11 e soprattutto nell'art 2 della Costituzione.

a) Chi sostiene il cd. principio internazionalista afferma che il dettato dell'art. 10, comma 1, Cost., nel prevedere che l'ordinamento si conformi alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto, influisca sulla collocazione gerarchica delle norme di adattamento al diritto pattizio. Pur senza aderire alla tesi di Rolando Quadri secondo la quale l'adattamento automatico previsto dall'art 10 della Costituzione dovrebbe applicarsi a tutti i trattati internazionali in virtù del principio *pacta sunt servanda* alcuni autori ⁷⁶ sostengono che, nella misura in cui la

⁷⁶ Cfr. P. BARILE, *Rapporti tra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *La comunità internazionale*, 1966, 15-16; A. D'ATENA, *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1967, 614 ss..

Convenzione contenga norme o principi già riconosciuti dal diritto internazionale consuetudinario alla Convenzione possa applicarsi l'art. 10 primo comma della Costituzione con tutti gli effetti che questo comporta ed in primis l'adattamento automatico delle norme e dei principi espressi ed il riconoscimento del valore costituzionale delle stesse. Questa tesi che fa leva su una linea argomentativa propria della Corte Costituzionale⁷⁷ con la quale si è riconosciuto valore costituzionale ad alcune disposizioni di un trattato in materia di immunità diplomatiche, in quanto riproduttive di principi generalmente riconosciuti dal diritto internazionale, e che parte dal presupposto che sia necessario di volta in volta verificare il contenuto della singola norma della Cedu. La critica maggiore che viene mossa a tale dottrina, è che così facendo si arriverebbe a ritenere la Convenzione una fonte disomogenea in quanto, non tutti i principi in essa verrebbero a godere del rango di norma costituzionale.

b) La teoria che invece aderisce al cd principio pacifista facendo leva sull'art. 11 Cost., sostiene che la Cedu è da considerarsi al pari dei trattati stipulati al fine di stabilire «un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni»⁷⁸. Secondo questa teoria anche la Cedu rientrerebbe tra i Trattati attraverso i quali lo Stato italiano consente limitazioni di sovranità per favorire la nascita di un ordinamento basato sulla pace e sulla giustizia tra i popoli. Si tratterebbe, dunque, di estendere

⁷⁷ Cfr. Corte Costituzionale sentenza 12 giugno 1979 n. 48 in GiurCost.

⁷⁸ P. MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Riv. Dir. Int.* 1983, 306 ss.

anche alle norme della Convenzione un principio coniato con riferimento ai trattati internazionali, con la conseguenza che aderendo a siffatta teoria si dovrebbe riconoscere alle norme Cedu, al pari di quelle comunitarie la capacità di derogare non solo alle norme ordinarie ma anche a quelle costituzionali con l'unica limitazione consistente nei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico.

c) La teoria costituzionalistica⁷⁹, invece, recependo la lettura dell'art. 2 della Costituzione fatta propria anche dal Barbera fin dagli anni '70, rifacendosi al principio cd. personalista, ed abbandonando la lettura dell'art. 2 come mera fattispecie riassuntiva del catalogo dei diritti contenuto nella Costituzione dagli artt. 13 a 54, riconosce nell'art. 2 Cost. una «clausola aperta» in virtù della quale è possibile riconoscere tutela costituzionale anche ai diritti inviolabili non esplicitamente previsti in Costituzione, ma emergenti dall'evoluzione della coscienza sociale e proclamati in documenti internazionali. Riconducendo la Convenzione europea nell'ambito di applicazione dell'art. 2 della Costituzione si sarebbero costituzionalizzati in modo pieno e completo i diritti protetti dalla stessa, con l'ulteriore conseguenza, sul piano nazionale, di limitare in qualche modo la creatività della magistratura ordinaria convogliandola entro lo scenario europeo, con la conseguenza però, che il contrappeso è

⁷⁹ Cfr. A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1975, 59 ss., A. LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani*, in AA.VV., *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, Padova, 1989, 40 ss., in particolare 52-54, F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in Riv. It. dir. Proc. Pen., 1967, 1094 ss., in particolare 1099;

costituito da una delega interpretativa che nei fatti viene riconosciuta alla Corte di Strasburgo.

3.2 *Le prime pronunce della Corte Costituzionale*

Tutte le ricostruzioni sopra descritte sono state per lungo tempo relegate sullo sfondo e non utilizzate concretamente nella realtà, fin dall'inizio degli anni '90, tuttavia, forse proprio in virtù dell'entrata in vigore del Protocollo 11 della Convenzione che ha introdotto, riformando interamente di tutela giurisdizionale avverso le violazioni della Convenzione, l'accesso diretto ed individuale alla Corte di Strasburgo, l'opinione giuridica ha cominciato ad avvertire l'inadeguatezza della tradizionale impostazione che equiparava la Cedu ad una legge ordinaria.

La stessa Corte Costituzionale nella prima fase del suo pensiero, nella quale vanno ricomprese le pronunce rese dalla stessa tra il 1960 ed il 1982, riconfermate anche nella più recente sentenza 323 del 1989, elabora una ricostruzione che non metterà più in discussione e cioè che la norma di cui all'art. 10 della Costituzione non può applicarsi anche al diritto pattizio la cui efficacia giuridica all'interno dell'ordinamento italiano a quest'ultimo non può che essere conferita attraverso atti del diritto interno, che lo renda esecutivo e che un'eventuale contrasto tra le norme ordinarie ed il diritto pattizio esula il giudizio di costituzionalità, trattandosi di fonti di pari grado e risolvendosi, dunque, in un contrasto tra leggi ordinarie.

La seconda fase del pensiero della Corte è invece caratterizzata da due notissime sentenze: la n. 10 del 1993⁸⁰ e la n. 388 del 1999⁸¹.

Con la prima sentenza la Corte Costituzionale mise in discussione la circostanza che la Cedu potesse essere equiparata ad una legge ordinaria e lo fece facendo leva sulla atipicità delle norme di diritto internazionale, atipicità che denotava anche la Cedu e che la caratterizzava dal punto di vista della forza da essa espressa, atipica appunto, e che la rendeva insuscettibile di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria. Tuttavia, per quanto tale ricostruzione appare fortemente innovativa non può concretamente dirsi che la stessa costituisca una vera e propria inversione di tendenza in merito alla collocazione del sistema delle fonti della Cedu, e ciò non può dirsi perché nelle successive pronunce rese dalla Corte tali argomentazioni non vengono riprese né meglio specificate, segno questo che la Corte ha voluto più che altro operare un distinguo tra il diritto internazionale tout court ed i documenti internazionali in materia di diritti intendendo valorizzare appunto la materia dei diritti come elemento capace di influire sulla forza passiva della legge di ratifica.

Viceversa, nella successiva sentenza del 1999 n. 388 la Corte pur affermando che alla norme internazionali pattizie non può riconoscersi nell'ordinamento interno valore costituzionale, prosegue riconoscendo un peculiare valore interpretativo alle Convenzioni riguardanti i diritti. A prescindere dall'assunto che i diritti garantiti da Convenzioni universali o regionali molto spesso trovano coincidenza nelle Costituzioni degli Stati la Corte sostiene che i

⁸⁰ Cfr. Corte Costituzionale sentenza 12 gennaio 1993 n. 10 in GiurCost.

⁸¹ Cfr. Corte Costituzionale sentenza 13 ottobre 1999 n. 388 GiurCost.

diversi principi che li esprimono si integrano in via interpretativa. Comincia così una lunga stagione di dibattito giurisprudenziale tra Corte Europea e Corte Costituzionale oltre alla magistratura ordinaria che darà vita ad un fenomeno di integrazione tra i sistemi di tutela dei diritti.

Accanto a pronunce che considerano la Cedu al pari di una legge ordinaria, alcune che assimilano la Convenzione al diritto comunitario e ne rappresentano la diretta applicabilità⁸², ciò fino alle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale che hanno segnato un punto di svolta epocale in merito ai rapporti tra Convenzione europea ed ordinamento interno.

3.3 *La svolta giurisprudenziale con le sentenze 348 e 349 del 2007.*

I contraddittori orientamenti giurisprudenziali nonché le perplessità in ordine al valore giuridico ed alla posizione nel sistema delle fonti da riconoscere alla Cedu sono stati parzialmente mitigati dall'intervento chiarificatore della Corte Costituzionale. A dire la verità all'indomani della riforma del titolo V ed in particolar modo dell'art. 117 della Costituzione l'intervento della Corte Costituzionale era quasi obbligato. Parte della dottrina aveva infatti già cercato ancoraggio alla norma di cui all'art. 117 Cost. comma 1, sostenendo che suo tramite il legislatore aveva compiuto la scelta per il definitivo passaggio al sistema monistico, paragonando l'art. 117 comma 1, in termini di adattamento automatico, all'art. 10 della Costituzione⁸³. Secondo una diversa lettura, e per certi versi più

⁸² Cfr Corte di Appello di Firenze Sez I, civ, 27 febbraio 2005 n. 570.

⁸³ Cfr A. D'ATENNA *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, in *Rass. parl.* 2002, 916 e ss.

convincente, è stato invece sostenuto che l'art. 117 comma 1 della Costituzione piuttosto che riscrivere i rapporti tra trattati internazionali e diritto nazionale conferendo rango costituzionale ai primi, offre loro una copertura costituzionale consentendo loro di resistere all'abrogazione per effetto di una norma di rango ordinario, di modo che nel caso in cui una legge ordinaria violi una disposizione del trattato sia possibile far vale il contrasto di costituzionalità attraverso il 1 comma dell'art 117.

Ritornando alle sentenze della Corte Costituzionale in oggetto, e premettendo che entrambe sono molto complesse e per certi versi non del tutto sovrapponibili, è dato rintracciare, in entrambe alcune caratteristiche comuni che per rilevanza meritano di essere premesse al discorso che si va a compiere. Ci si riferisce a due ordini di circostanze, la prima che la Convenzione dei diritti dell'uomo è una fonte ordinaria, la seconda che è dotata di una copertura costituzionale ravvisabile nell'art. 117 della Costituzione in virtù del quale il contrasto tra questa ed una legge interna darà vita ad una questione di legittimità costituzionale, escludendo, in tal modo il potere di disapplicazione da parte dei giudici ordinari.

Quanto al primo punto, la Corte distingue nettamente le norme della Cedu dal diritto comunitario escludendo che le norme della Cedu possano essere elevate a rango di norma costituzionale. Con riferimento alle norme della Cedu non operano, in altri termini né l'art. 11 della Costituzione in tema di limitazioni di sovranità né, in questo modo opera il principio del primato delle norme della Cedu sull'ordinamento interno, la stessa, dunque, a differenza del diritto comunitario

resta subordinata alle norme della Costituzione interamente considerate e, dunque, non solo ai principi supremi.

Un commento alla scelta argomentativa della Corte Costituzionale. Stante l'acceso dibattito giuridico che l'aveva preceduto ben avrebbe potuto la stessa risolvere il quesito in ordine all'efficacia delle norme della Cedu ancorandole all'art. 2 ovvero all'art. 10 o ancora all'art 11 della Costituzione. Per questa via avrebbe certamente risolto ogni dubbio in ordine alla posizione della Cedu nel sistema delle fonti ma, le avrebbe conferito rango costituzionale. La sua scelta invece è stata diversa, ha voluto si tutelare le norme della Cedu in modo da evitare che le stesse potessero essere abrogate da ogni legge ordinaria, ma al tempo stesso non ha optato per il riconoscimento alle norme della Cedu del rango di norma costituzionale producendo effetti meno intensi e dirompenti sull'ordinamento interno.

Veniamo ora al secondo punto comune tra le due pronunce in oggetto. Ci si riferisce al parametro individuato dalla Corte Costituzionale per risolvere eventuali antinomie tra una norma della Cedu ed una legge ordinaria. La Corte afferma in modo inequivocabile che il contrasto in parola configura una vera e propria questione di legittimità costituzionale, che non può essere invece, al contrario risolta attraverso la disapplicazione della norma in contrasto da parte del giudice ordinario alla stregua delle norme del diritto comunitario. La ratio di siffatta differenziazione risiede nella differenza insita tra la Cedu ed il diritto comunitario che, come ribadito a chiare lettere da parte della Corte Costituzionale costituisce in ogni caso diritto pattizio e come tale vincolante esclusivamente per

lo Stato e, per sua natura incapace di esplicitare effetti diretti nell'ordinamento nazionale tale da giustificare il riconoscimento di una competenza dei giudici ordinari in ordine alla sua diretta applicazione anche in caso di contrasto con una norma nazionale.

La Convenzione, in altri termini, non fa parte del diritto comunitario e ciò a prescindere anche dall'inserimento della stessa all'interno del Trattato di Lisbona ed in particolar modo dall'art. 6 Tr. U.e., non le si può dunque riconoscere effetto diretto in riferimento alla disapplicazione della legge ordinaria in contrasto dovendosi limitare il giudice nazionale ad agire nei limiti di una interpretazione adeguatrice.

Nella sentenza 349/2007 si fornisce anche la motivazione per cui la logica dell'art. 11 cost., come declinata per il diritto comunitario, non può valere per la CEDU: *«i diritti fondamentali non possono considerarsi una “materia” in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità»*. Una seppur minima contraddizione nella ricostruzione operata dalla Corte Costituzionale è, e, ravvisabile in un altro passo della sentenza 349/2007 laddove la stessa afferma che avendo gli Stati contraenti, con la Cedu, ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali, *«l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione»*.

La sentenza 349, in altri termini, riconosce la competenza del giudice ordinario ad adottare una interpretazione adeguatrice della legge interna conforme agli obblighi internazionali assunti, solo una volta che sia stata accertata l'impossibilità di procedere a siffatta interpretazione adeguatrice i giudici ordinari dovrebbero rinviare alla Corte Costituzionale.

Indicazioni diverse sul punto si rinvencono nella sentenza 348 dove sembrerebbe trapelare l'impossibilità per il giudice ordinario di provvedere esso stesso a risolvere, in via interpretativa il conflitto essendo all'uopo necessario l'intervento della Corte Costituzionale. A tali conclusioni si giunge laddove la Corte afferma che lo scrutinio di legittimità ad essa demandato deve essere condotto in modo da verificare il contrasto non possa essere sanato in via interpretativa e se le norme della Convenzione come invocate ad integrazione del parametro costituzionale non si pongano in contrasto con l'ordinamento costituzionale italiano. Sembrerebbe preferibile, dunque, se non addirittura doveroso, per i giudici di merito, una volta accertata l'antinomia tra una legge interna ed una fonte di diritto internazionale, astenersi dal procedere ad utilizzare criteri ermeneutici per la risoluzione del conflitto e rimettere la questione di legittimità costituzionale alla Corte. Siffatta interpretazione restituisce alla Corte una competenza notevolmente allargata che ricomprende finanche l'adeguatezza del sistema normativo sub-costituzionale nel suo complesso rispetto al sistema dei valori costituzionali. Il ruolo della Corte, dunque, ne esce valorizzato a discapito della magistratura ordinaria cui non viene riconosciuta competenza in merito alla risoluzione dei conflitti fra leggi ed obblighi internazionali. Peraltro, vi è

un'ulteriore argomentazione che ci porta a ritenere preferibile tale linea interpretativa e la si ricava a contrario nella circostanza che la Corte non fa riferimento al criterio della specialità per la risoluzione del conflitto in essere. Non vi è dubbio che tale criterio possa essere utilizzato dal giudice di merito laddove l'obbligazione internazionale sia stata recepita da una norma nazionale, ma a ben vedere tale evenienza non rileva in quanto il recepimento della norma attraverso una legge nazionale consente al giudice ordinario di applicarla direttamente. In caso contrario se si considerasse applicabile sempre il criterio della specialità per la risoluzione dei conflitti, a rigore, la questione di illegittimità costituzionale dovrebbe diventare irrilevante. La circostanza che la Corte non richiama tale strumento interpretativo ci porta a confermare la tesi su prospettata e cioè l'assenza per il giudice ordinario di una competenza in merito alla risoluzione dei conflitti tra norma ordinaria e fonte internazionale.

In estreme sintesi dunque i rapporti tra la Cedu e l'ordinamento interno possono così sintetizzarsi:

- a) in una prospettiva verticale, pertanto, la normativa di adattamento alla CEDU viene posta un gradino sopra alle altre disposizioni legislative, ma non viene elevata allo stesso rango delle norme costituzionali;
- b) in linea orizzontale, invece, si sollecita un previo bilanciamento fra obblighi derivanti dalla CEDU e interessi costituzionalmente tutelati, soprattutto in quei settori in cui le disposizioni della CEDU stesse lascino agli Stati un maggiore margine di apprezzamento.

3.4 L'efficacia giuridica delle sentenze della Corte EDU e gli effetti sul giudicato penale.

Basata prevalentemente su rimedi di impronta risarcitoria delimitata al caso di specie, la giurisdizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si sta ampliando negli anni fino ad arrivare ad assumere la forma di un vero e proprio quarto grado di giudizio dotando, la Corte EDU, le proprie pronunce di un contenuto più ampio di quello che attiene l'oggetto formale di ciascuna causa.

La disciplina normativa degli effetti delle sentenze rese dalla Corte è delineata nel testo della Convenzione stessa agli artt. 41 e 46⁸⁴ a norma dei quali, innanzitutto viene chiarito che gli effetti delle sentenze rese dalla Corte Edu si riferiscono esclusivamente al caso concreto sottoposto al suo esame cui gli Stati che ne sono parte hanno l'obbligo di conformarsi, in secondo luogo si chiarisce che tali pronunce sono sprovviste di diretta esecutorietà negli ordinamenti

⁸⁴

Articolo 41 Equa soddisfazione:

Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.

Articolo 46 Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze:

1 Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti.

2 La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione.

3 Se il Comitato dei Ministri ritiene che il controllo dell'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà di interpretazione di tale sentenza, esso può adire la Corte affinché questa si pronunci su tale questione di interpretazione. La decisione di adire la Corte è presa con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato.

4 Se il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del para-grafo 1.

5 Se la Corte constata una violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare. Se la Corte constata che non vi è violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri che ne chiude l'esame.

nazionale ed in ultimo che le stesse producono meramente effetti dichiarati non avendo essere stesse la capacità di incidere, annullandolo, sull'atto che ha causato la violazione dei diritto, lasciando gli Stati membri liberi circa la scelta dei mezzi da approntare al fine di adeguarsi alla decisione della Corte Europea, preferendo laddove possibile che lo Stato provveda alla restituito in integrum e solo allorquando non sia possibile riparare integralmente il danno arrecato che si proceda attraverso un'equa soddisfazione della parte lesa. Nessuna precisazione nel testo della Convenzione né, nella giurisprudenza della Corte Edu – a differenza della Corte di Giustizia che con riferimento al diritto comunitario ha riconosciuto nel giudice ordinario il giudice naturale tenuto alla risoluzione del conflitto tra norma nazionale e norma comunitaria attraverso la disapplicazione della norma statale in contrasto – sui soggetti tenuti ad adempiere alle obbligazioni nascenti dalla sentenza di condanna resa dalla Corte di Strasburgo, circostanza, questa, che ci porta a ritenere che anche tale prerogativa rientri nella libertà di scelta nell'intervento adeguatrice alla sentenza di condanna dello Stato contraente.

In alcuni casi, tuttavia, la Corte ha vincolato lo Stato a specifiche misure, si pensi al caso *Papamicalopoulos c. Grecia* (restituzione di un immobile), o ancora al caso *Assanidze c. Georgia* (rilascio di un detenuto), o, in ultimo caso *Sejdovic c. Italia* (restituzione in termini ex art. 175 cpp vecchio testo).

È un dato di fatto, dunque, che la Convenzione sia sempre più al centro dell'attenzione giuridica e che le sentenze della Corte Europea condizionino ormai anche il nostro ordinamento ed i nostri giudici.

3.4.1 Segue. Processo contumaciale, violazione delle regole sul giusto processo e restituzione in termini.

Tra le vicende più importanti ed interessanti dell'ultimo periodo può ad esempio annoverarsi il caso Somogyi⁸⁵ in tema di giudizio contumaciale dove la Cassazione ha formulato il seguente principio di diritto: *“nel pronunciare su una richiesta di restituzione nel termine per appellare proposta da un condannato dopo che il suo ricorso è stato accolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il giudice è tenuto a conformarsi alla decisione di detta Corte, con cui è stato riconosciuto che il processo celebrato "in absentia" è stato non equo: di talché il diritto al nuovo processo non può essere negato escludendo la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea, (...) né invocando l'autorità del pregresso giudicato formatosi in ordine alla ritualità del giudizio contumaciale in base alla normativa del codice di procedura penale»*.

Il principio su enunciato dalla Corte di cassazione, a ben vedere, e soprattutto dopo la riforma dell'art 175 cpp (Dl 17/2005), instaura un vero e proprio collegamento tra la Corte di Strasburgo e la magistratura italiana quasi come a configurare, come sostenuto in dottrina⁸⁶ un vero e proprio quarto grado di giudizio. A tali argomentazioni si giunge analizzando i due principi enunciati dalla Corte di Cassazione che possono riassumersi da un lato nella necessità per il giudice nazionale di conformarsi alla decisione assunta dalla Corte di Strasburgo

⁸⁵ Cfr. Cassazione I Sez. penale sentenza 32678/2006 in Rassegna.

⁸⁶ Cfr. Guazzarotti Cossiri: *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in Forum Costituzionale

rispetto alla compatibilità con l'art. 6 della Carta e, dall'altro nell'impossibilità per il giudice nazionale di sottrarsi al vincolo della sentenza europea in quanto secondo l'ordinamento processuale italiano la sentenza di primo grado darebbe passata in giudicato. È soprattutto il secondo principio enunciato che ci fa riflettere di più ove si tenga in considerazione che con la riforma del 2005 intervenuta sull'art. 175 cpp lo stesso ben poteva essere invocato nel caso di specie ai fini della restituzione in termini del condannato, essendo stata eliminata, con la novella del 2005 la prova dell'assenza di conoscenza da parte dell'imputato contumace del provvedimento, a tutt'oggi sostituita con la presunzione di non conoscenza dello stesso. Nel caso di specie, dunque, la Corte di Cassazione avrebbe potuto scegliere la strada dell'interpretazione conforme della norma nazionale e lo avrebbe potuto fare proprio in considerazione che la sentenza resa in contumacia della cui conoscenza da parte del condannato non era stata resa prova poteva essere dallo stesso impugnata in quanto il giudicato non si era correttamente formato ed il rimedio era ed è offerto dall'art. 175 c.p.p. da questa interpretazione ne deriva un'ulteriore conseguenza, la disposizione, così come interpretata potrebbe coprire anche i casi per i quali si siano esauriti i mezzi di impugnazione ordinari in quanto la non conoscenza dell'atto di avvio del procedimento penale e del successivo iter processuale impedisce al giudicato di dirsi correttamente formato.

Orbene, alla luce di quanto sopra assume ancora maggiore significato la scelta della Cassazione di ritenere il giudicato della Corte di Strasburgo dotato della forza di vincolare il giudice nazionale successivamente investito della

questione. E con questa pronuncia prende le distanze da due principi che erano stati fino a quel momento costanti nella giurisprudenza. Ribalta da un lato la considerazione che tra i giudici nazionali e la Corte di Strasburgo non vi sia alcun collegamento e che la giurisprudenza di quest'ultima possa essere utilizzata dai giudici nazionali solo a fini interpretativi della Convenzione e, dall'altro, circostanza ancora più importante afferma che i giudici nazionali sono vincolati anche alla valutazione in concreto fatta dalla Corte Europea.

V'è un punto fondamentale però da considerare, l'efficacia del rimedio offerto dall'art. 175 c.p.p. a dare risposta corretta alla domanda di giustizia nata dalla sentenza della Corte di Strasburgo. È appena il caso di sottolineare, infatti, che l'unico rimedio predisposto è la restituzione in termini, nel mentre il legislatore non si è fatto carico di disciplinare la sorte del giudizio svoltosi non in contraddittorio e nemmeno di disciplinare la sorte delle prove assunte in quel contesto o di quelle da assumersi. Se si considera, inoltre, che il 4° comma dell'art. 603 del c.p.p. è rimasto invariato dopo la novella del 2005 all'art. 175 c.p.p. in tema di prova a carico del condannato della mancata conoscenza del provvedimento di condanna si comprende, agevolmente come in tale circostanza non si realizza la restitutio in integrum indicata dai giudici di Strasburgo. Ed inoltre, allargando l'oggetto d'indagine notevoli perplessità permangono anche in ordine alla possibilità del difensore d'ufficio di proporre gravame anche in assenza di apposito mandato.

3.4.2 Segue. Formazione della prova, regole del giusto processo e rinnovazione del processo.

Ritornando al punto di partenza si è detto che a norma dell'art. 46 comma 1 della CEDU, gli Stati contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie delle quali sono parti e che lo Stato deve dunque provvedere alla restituito in integrum, ossia a ricondurre il ricorrente ad una condizione analoga a quella che si trovava a vivere prima della violazione commessa dallo Stato. Con il caso Somogyi abbiamo visto che la Corte di Cassazione si è pronunciata in ordine alla necessità di procedere alla riapertura dei processi interni quale mezzo di garanzia della restituito in integrum, in un'altra famosa sentenza, il celebre caso Dorigo, la Corte di Cassazione, si è pronunciata in ordine all'impossibilità di eseguire una condanna formulata in violazione delle regole in tema di formazione della prova e quindi delle regole sul giusto processo.

Al fine di comprendere appieno il ragionamento giuridico della Corte di Cassazione giova ripercorrere brevemente il caso concreto prospettato alla Corte. Dal 1998 la Corte Europea ha riconosciuto l'Italia colpevole della violazione delle regole del giusto processo a danno del Dorigo in quanto lo stesso condannato a scontare una pena detentiva di 13 anni sulla base delle dichiarazioni rese durante la fase delle indagini preliminari da tre coimputati che poi si erano nel corso del processo avvalsi della facoltà di non rispondere non confermando le stesse dichiarazioni in dibattimento e, con ciò, negando al Dorigo il diritto a esaminare ovvero a far riesaminare i testimoni a carico. La Cassazione fu chiamata a pronunciarsi sul diniego del giudice dell'esecuzione adito ai sensi dell'art. 670

c.p.p. di dichiarare l'inefficacia del titolo esecutivo a carico del condannato ed in via consecutiva l'illegittimità della sua detenzione. Il giudice dell'esecuzione aveva rilevato il vuoto normativo consistente nella mancata previsione di un apposito strumento all'interno dell'ordinamento che avrebbe consentito di porre rimedio al fine della rinnovazione del processo giudicato non equo dalla Corte di Strasburgo, tale lacuna avrebbe infatti determinato la sospensione dell'esecuzione della sentenza a carico del Dorigo sine die senza che alcuna Autorità potesse poi intervenire. La Corte di Cassazione investita del caso affermò che il giudice dell'esecuzione laddove la Corte Europea abbia accertato la violazione dell'art. 6 della Cedu in tema di giusto processo, e quindi il diritto del condannato alla rinnovazione del processo debba dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p. l'ineseguibilità del giudicato senza che a conclusioni dissimili possa giungersi stante l'inerzia del legislatore nell'introdurre all'interno dell'ordinamento giuridico un rimedio idoneo ad instaurare il nuovo processo.

A conclusioni diverse, peraltro, per la Corte non può giungersi laddove si rilevi che in caso contrario oltre alla palese violazione delle regole sul giusto processo a danno dell'imputato l'inerzia del legislatore, se protratta nel tempo, rischierebbe di compromettere la stessa potestà punitiva dello Stato posto che comunque l'autorità giudiziaria non è più abilitata a prolungare l'esecuzione di una condanna emessa in esito a quel processo.

Il fondamento teorico della Corte è duplice da un lato poggia sulla forza vincolante e sulla immediata applicabilità delle disposizioni della Cedu e, tale argomentazione acquista ancora maggiore peso oggi, all'indomani delle sentenze

347 e 349 della Corte Costituzionale, e, dall'altro sulla forza vincolante delle sentenze della Corte Europea mancando in capo ai giudici nazionali il potere di interpretare le norme della Cedu, dovendo, invece, attenersi alle interpretazioni fornite dalla Corte Edu. Pur se la ratio di tale pronuncia non va rintracciata solamente con riferimento al rispetto delle regole in tema di giusto processo, stante il peso che su tale pronuncia esercita la cooperazione giudiziaria che avrebbe potuto soffrire di tale situazione, si pensi ad esempio ad eventuali diniego di attuazione del mandato di arresto europeo, non può mancare di sottolinearsi la sua portata innovativa. Per la seconda volta la Corte di Cassazione ammette che una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo possa mettere in discussione il giudicato penale formatosi ma, mentre nel caso Somologyi si era potuta poggiare sulla legge italiana, che, ispirata agli standard di Strasburgo consente la rinnovazione del processo contumaciale, nel caso Dorigo, afferma la necessità di procedere alla rinnovazione del processo anche nel caso in cui siano state violate le regole sulla formazione della prova ed allo stato manchi nell'ordinamento vigente un adeguato rimedio per la rinnovazione del processo. Chiaro comunque, che lo sforzo interpretativo compiuto dalla Corte di Cassazione non costituisce una soluzione definitiva al problema in quanto lascia indefinitamente pendente un giudicato inefficace, senza sostituire ad esso alcuna statuizione. Quanto poi, in ultimo, al ricorso al rimedio di cui all'art. 625 bis per porre rimedio al mancato rispetto del principio del contraddittorio ex art. 521 c.p.p. se ne deve escludere l'applicabilità stante la costante interpretazione data allo stesso dalla Corte di Cassazione secondo la quale per errore materiale o di fatto si debba trattare

esclusivamente una disattenzione di ordine percettivo e non anche un errore di valutazione o di interpretazione di norme giuridiche.

3.4.3 Segue. Violazione delle regole sul giusto processo e prescrizione del reato.

Da ultimo merita di essere sottolineato il caso Drassich⁸⁷ in merito ad una condanna della Corte di Strasburgo per violazione delle regole sul giusto processo in caso di riqualificazione ex officio del fatto nei termini di un reato più grave precludendo, nei fatti, l'estinzione del reato per prescrizione riferibile all'originario nomen juris del reato, senza informare l'interessato del contenuto dell'accusa elevata contro di lui e senza permettergli, al contempo, di difendersi.

La vicenda ha origine con ordinanza in data 4 giugno 2008 della Corte di appello di Venezia che nel dichiarare l'ineseguibilità ex art. 670 cod. proc. pen. del giudicato costituito da precedente sentenza resa da detta Corte rimetteva gli atti alla Corte di Cassazione affinché, stante l'accertata violazione delle regole sul giusto processo effettuata dalla Corte di Strasburgo e l'assenza di un rimedio legislativo per dare concreta attuazione alla pronuncia europea indicasse la strada processuale da seguirsi.

Al fine di comprendere meglio la vicenda che si va a descrivere giova un sintetico riferimento all'aspetto fattuale del caso in questione. Con la sentenza n. 23024 del 4 febbraio 2004, la Corte di cassazione, decidendo sul ricorso proposto da Drassich avverso la sentenza della Corte di appello di Venezia del 12 giugno

⁸⁷ Cfr. Cassazione Penale, Sez. Sesta 12/11/2008n. 45807, in Rassegna.

2002 (con la quale era stata in parte riformata la sentenza di primo grado, in parziale accoglimento dell'impugnazione proposta dal PM, con estensione del giudizio di responsabilità per il reato di corruzione anche ad altri episodi per i quali in primo grado il Drassich era stato invece mandato assolto con formule diverse), rigettava, tra l'altro, il ricorso medesimo con il quale era stato richiesto di dichiarare la prescrizione del reato di corruzione. Riteneva, in particolare, la Cassazione di dovere riqualificare il reato di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio come reato di corruzione in atti giudiziari; al riguardo rilevava che tale riqualificazione non poteva considerarsi in violazione del principio del divieto di reformatio in peius, atteso che detto principio, per costante giurisprudenza del giudice di legittimità, riguarda esclusivamente il trattamento sanzionatorio; trattamento che, nel caso di specie, non era stato toccato. Dalla diversa qualificazione giuridica operata, tuttavia, era conseguita la non prescrizione del reato. Con successiva sentenza del 11 dicembre 2007 la Corte europea dei diritti dell'uomo adita dal Drassich ha accertato esistente la violazione dell'art. 6 della Cedu, paragrafo 3 lett. a e b, che prescrive un processo equo in quanto, le regole sul giusto processo implicano che l'imputato non solo sia informato adeguatamente dei fatti di accusa e della loro qualificazione giuridica ma, e soprattutto, che lo stesso sia posto nella condizione di potere discutere, nel contraddittorio delle parti dell'accusa stessa. In tale evenienza, la modifica della qualificazione del reato, intervenuta per la prima volta nel giudizio di legittimità non aveva posto l'imputato nella condizione di interloquire sul nuovo reato contestato e ciò, peraltro aveva comportato la mancata prescrizione del reato di

corruzione così come contestato. Da qui la procedura di incidente di esecuzione attivata dal ricorrente e il ricorso alla Cassazione da parte della Corte di Appello di Venezia.

La Corte di Cassazione, investita della questione compie uno sforzo interpretativo di non poco rilievo in merito agli artt. 521 e 625 c.p.p. ritenendo, rispetto al caso di specie applicabile tale norma. A tali conclusioni, peraltro, perviene non senza rappresentare il vuoto normativo consistente nell'assenza di uno strumento adeguato che consenta la rinnovazione del processo laddove quest'ultimo viziato per violazione delle norme della Cedu, e non senza rammentare che in tale evenienza il suo intervento quale giudice delle leggi richiedeva un'interpretazione alquanto creativa. Fatte queste premesse la Corte risolve il dubbio quanto alla necessità di risolvere il ricorso con l'irricevibilità dello stesso verificando se stante il vuoto normativo questo possa essere colmato in via interpretativa giurisprudenziale e se quindi a norma della Convenzione tra le autorità dello Stato condannato *competenti a decidere quali misure siano più appropriate per assicurare una restituito in integrum, tenendo conto dei mezzi disponibili nell'ordinamento interno* rientri anche il potere giudiziario.

Vista la specificità del caso - riformulazione della qualificazione del reato in Cassazione – rispetto alla quale la Corte di Cassazione ritiene di dover aderire alla tesi della Corte Europea in tema di violazione delle regole sul giusto processo anche in considerazione che già nella Relazione Preliminare a nostro codice si leggeva sulla necessità di informare l'imputato anche delle variazioni delle

qualificazione del reato ex officio, la Corte ha ritenuto possibile risolvere il contrasto in via interpretativa.

Rilevata l'impossibilità di applicare l'art. 619 c.p.p. per la rettifica della sentenza, la Corte ha provveduto a verificare se non fosse invocabile l'art. 615 bis c.p.p. Nel suo complesso ragionamento la Corte ha chiarito che seppur la norma in questione ritiene attivabile il ricorso straordinario per Cassazione solo laddove la sentenza risulti viziata da un errore di fatto, ovvero di percezione, la ratio e la logica che sta alla base della revisione della norma del 2001, spinta anche dalla magistratura di legittimità, era data dalla compromissione del diritto del cittadino, costituzionalmente garantito, a fruire del controllo di legittimità e proprio in virtù di tale logica la riqualificazione del fatto anche nel giudizio di legittimità, in violazione del giusto processo nella misura in cui non viene data all'interessato la possibilità di interloquire, costituisce un errore di fatto tale da rendere praticabile il ricorso straordinario disciplinato dall'art. 625 bis c.p.p.

3.5 *L'applicabilità diretta delle norme Cedu.*

Resta da esaminare un ultimo aspetto che, alla luce di due recenti pronunce rese dal Consiglio di Stato e dal Tar Lazio, diventa di notevole attualità, e cioè se alla luce dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea⁸⁸ nel testo varato dopo la firma del Trattato di Lisbona che recepisce la Cedu quest'ultima sia divenuta

⁸⁸ L'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea (post Lisbona) recita: "L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

direttamente applicabile negli ordinamenti nazionali al pari delle norme di diritto comunitario.

Nelle pagine precedenti si è visto come la Cedu sia stata oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali e come negli anni la stessa abbia acquisito una forza più persuasiva all'interno dell'ordinamento nazionale fino ad essere considerata attualmente, dopo le sentenze 347 e 349 della Corte Costituzionale fonte interposta tra la legge ordinaria e la Costituzione.

L'inserimento della Cedu all'interno del Trattato di Lisbona e le due sentenze di cui sopra aprono però la strada ad un nuovo dibattito in ordine al valore giuridico da attribuire alla stessa nonché in relazione alla sua efficacia nell'ordinamento nazionale.

La giurisprudenza amministrativa, nelle decisioni Consiglio di Stato, sezione IV, 2 marzo 2010, n. 1220 e TAR Lazio, sezione II bis, 18 maggio 2010 n. 1198, ha osservato che le norme CEDU vengono a beneficiare dello stesso statuto di garanzia delle norme comunitarie: non più, pertanto, norme internazionali e parametro interposto di legittimità costituzionale di norme domestiche ex art. 117 Cost., bensì norme comunitarie (in quanto “comunitarizzate” con il Trattato di Lisbona) le quali in virtù del primatè del diritto comunitario legittimano alla non applicazione di norme interne con esse contrastanti.

La vicenda, interessante dal punto di vista giuridico, prende le mosse, la prima quella del Consiglio di Stato da una pronuncia resa al termine di un giudizio di ottemperanza relativo ad una complessa vicenda di espropriazioni sine titolo e

che il Consiglio di Stato fa riferimento alla necessità di applicare dei “principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall’articolo 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo” divenuti “direttamente applicabili nel sistema nazionale” a seguito dell’entrata in vigore del nuovo testo dell’art. 6 TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona. Poche parole, per di più tra parentesi (quasi a sottolineare l’ovvietà del percorso argomentativo) sollevano questioni provviste di un dirompente rilievo teorico.

Secondo la ricostruzione di cui sopra, dunque, la circostanza che il Trattato di Lisbona abbia recepito al suo interno la Cedu è l’antefatto della diretta applicabilità delle norme della Cedu al pari del diritto comunitario che, in virtù del disposto di cui all’art. 11 della Costituzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell’Unione e come tali comportanti l’obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell’accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno.

Sul punto non viene aggiunto null’altro, con la successiva sentenza resa dal Tar Lazio, invece, chiamato a pronunciarsi sull’applicabilità dell’art. 43 del Testo Unico sulle espropriazioni ad una controversia insorta antecedentemente la sua entrata in vigore, pronunciandosi per l’applicabilità della norma in parola argomenta anche sulla base della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema

di risarcimento diretto nonché in tema di diritto fondamentali dell'individuo così come compresi e tutelati dalla Carta.

La carica innovativa del giudice amministrativo viene ancora più in evidenza nei successivi passaggi della sentenza in oggetto laddove si statuisce che il ruolo stesso dei principi enunciati dalla Cedu è venuto ad ampliarsi negli anni, e ne è una prova l'evoluzione anche del pensiero della giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto loro valore di fonte interposta alla Costituzione. In questo quadro, prosegue il Tar l'inserimento dei principi all'interno del Trattato di Lisbona è sinonimo dell'inserimento della Carta nel diritto dell'Unione, tra i principi generali, al rispetto dei quali sono tenuti gli Stati contraenti, tutti ivi compresi gli organi giudiziari nazionali.

A fronte di questo ragionamento non pochi i dubbi che si pongono. In linea generale e in prima battuta può osservarsi innanzitutto che in assenza della indicata *expressio causae* nel Trattato di Lisbona anche con riferimento al valore giuridico delle norme CEDU non si può accogliere l'assunto di una loro avvenuta "comunitarizzazione". A tali conclusioni si giunge in primis alla luce della circostanza, peraltro efficacemente ribadita anche da autorevole dottrina⁸⁹, che il riferimento al secondo comma dell'art. 6 del TUE appare una forzatura alquanto ardita. Tale norma si limita a prevedere la rimozione degli ostacoli che precedentemente erano stati frapposti all'adesione dell'UE alla CEDU ma nulla dice in termini di adesione dell'UE alle norme della Convenzione. In secondo luogo trattandosi la Cedu di un atto a rilevanza internazionale, ai fini della sua

⁸⁹ Giorgio REPERETTO: *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*

vincolatività abbisogna certamente di un accordo tra le parti coinvolte, a contrario si deduce che l'art. 6 della Cedu attribuisce a quest'ultima un'efficacia limitata al solo piano interno dell'UE. A conclusioni non dissimili si giunge attraverso il 3 comma della norma in parola la quale, si limita esclusivamente a riformulare il principio per cui anche l'UE è tenuta al rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Cedu in quanto principi generali del diritto comunitario.

Attribuire alle norme della Cedu la stessa efficacia delle norme del diritto comunitario, indistintamente, produrrebbe, inoltre, un'ulteriore conseguenza negativa, priverebbe di qualunque distinzione gli atti comunitari ed atti interni che non beneficerebbero della copertura comunitaria e come tali diverrebbero subordinati a quest'ultima con l'ulteriore conseguenza che anche materie di competenza nazionale verrebbero attratte nell'area comunitaria e come tali sottratte dall'orbita nazionale negando così qualsiasi autonomo rilievo alla Cedu nei rapporti con gli Stati membri.

A conferma di quanto sopra l'ulteriore considerazione che i giudici amministrativi dopo aver formulato gli innovativi principi elencati non hanno poi provveduto nei casi di specie loro demandati alla disapplicazione della norma nazionale in contrasto con ciò contraddicendosi nei fatti.

In definitiva pur non essendo semplice ad oggi valutare l'impatto che tali pronunce produrranno, visti i pochi dubbi che a pochi mesi dalla loro emanazione hanno già suscitato ci porta ad escludere che le stesse costituiscano l'avvio di un nuovo orientamento giurisprudenziale.

CAPITOLO TERZO

La circolazione probatoria nell'UE

1. *Premessa*

Nonostante i numerosi riferimenti al termine prova contenuti ed utilizzati nei diversi sistemi giuridici europei ma anche internazionali occorre premettere che non esiste allo stato una definizione generale di prova.

In ambito europeo, l'unica definizione che è dato rintracciare è nella decisione quadro del 22 luglio 2003 in tema di congelamento dei beni dove il Consiglio definisce la prova, ma ai soli fini di applicazione della decisione, come gli oggetti e i documenti o i dati che possono essere utilizzati a fini probatori in procedimenti penali riguardanti un reato.

Ferma tale assunzione occorre operare una distinzione su ciò che attiene strettamente l'oggetto d'indagine. Occorre distinguere, infatti, ciò che attiene alla formazione della prova e quindi tutte le problematiche legate alla raccolta dei mezzi di prova all'interno di un altro stato, cui sarà dedicata la prima parte della presente indagine, da ciò che attiene, invece, strettamente la circolazione della prova legalmente formatasi in uno Stato per finalità proprie delle autorità giudiziarie di quest'ultimo.

L'elemento comune che caratterizza entrambe le fattispecie su delineate è che la prova finirà con l'essere utilizzata e valutata da un giudice diverso da quello che ha proceduto alla sua assunzione.

Prima di entrare nel merito della presente indagine occorre una breve premessa in ordine a cosa debba intendersi per acquisizione ed ammissione delle prove ed in fine valutazione della stessa.

Nella dogmatica, peraltro non soltanto italiana, il procedimento probatorio viene scomposto in una serie di fasi l'una successiva all'altra, la fase di ammissione, quella di acquisizione / assunzione ed infine quella di valutazione. Occorre poi procedere ad un'ulteriore distinzione a seconda che le prove siano state già formate, si pensi ad una dichiarazione già accolta, ad un documento già acquisto dalle autorità straniere ovvero se le stesse prove siano da acquisire, distinzione che acquista importanza laddove si consideri che soltanto rispetto alle prove già esistenti il sistema europeo si è dotato di uno strumento giuridico atto a garantire la circolazione della prova e basato sul principio di mutuo riconoscimento.

Come si è già avuto modo di argomentare nei capitoli precedenti il principio del mutuo riconoscimento viene ritenuto di per sé solo sufficiente a creare e garantire uno spazio giudiziario comune, venendo lo stesso considerato e trattato quale valida alternativa all'armonizzazione. Non solo si prescinde dall'introdurre a livello comunitario talune norme minime che siano in grado di garantire la compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri nella misura necessaria per migliorare la cooperazione ma addirittura si giunge a

ritenere l'armonizzazione quale un dato acquisito, un risultato già raggiunto grazie all'adesione di tutti gli Stati membri dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

L'esame della decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove per la quale si rimanda al primo capitolo, costituisce un utile banco di verifica delle difficoltà che il principio del mutuo riconoscimento, così come trasferito nel campo della giustizia penale incontra in assenza di una anche minimale forma di integrazione normativa.

2. *Il principio del mutuo riconoscimento.*

Il principio del mutuo riconoscimento non nasce nel campo del diritto penale ma discende dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia elaborata in relazione alla libera circolazione delle merci nel mercato interno.

Tendenzialmente si fa risalire la sua elaborazione alla ben nota sentenza *Cassis de Dijon* del 20 febbraio 1979⁹⁰ con la quale la Corte negò alla Germania

⁹⁰ Sentenza «*Cassis de Dijon*» del 20 febbraio 1979, 120/78, Raccolta, 1979, p. 649.

Una regolamentazione tedesca disponeva che potevano essere commercializzate sul mercato nazionale unicamente le bevande alcoliche, di qualsiasi provenienza, che avessero una gradazione minima di alcool di 32°. Di conseguenza, il liquore «*Cassis de Dijon*», fabbricato e legalmente commercializzato in Francia, non poteva essere venduto in Germania in quanto la sua gradazione alcolica oscillava tra i 15° e i 20°. Il governo tedesco giustificò tale misura con la necessità di tutelare la salute pubblica attraverso un'argomentazione per certi versi paradossale: la proliferazione di bevande a basso tenore alcolico avrebbe favorito l'assuefazione a bevande a più forte gradazione! Le autorità tedesche sostennero inoltre che la regolamentazione in causa mirava a proteggere i consumatori in quanto la fissazione di un grado minimo di alcool costituiva una garanzia essenziale per la lealtà dei negozi commerciali. La regolamentazione tedesca pur stabilendo identiche condizioni di accesso sul mercato nazionale sia per i prodotti nazionali che per quelli importati e senza provocare apparenti effetti discriminatori o protezionistici, comportava l'effetto pratico di vietare la commercializzazione di prodotti legalmente fabbricati e venduti in altri Stati membri. La Corte, nel rispondere al governo tedesco, riconobbe che «in mancanza di una normativa comune in materia di produzione e commercio dell'alcool (...) spetta agli Stati membri disciplinare, ciascuno nel suo territorio, tutto ciò che riguarda la produzione e il commercio dell'alcool e delle bevande alcoliche; gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno

la possibilità di impedire, in deroga al divieto di restrizione della libera circolazione delle merci, l'importazione sul territorio di un liquore francese la cui gradazione era inferiore rispetto alla soglia minima stabilita dalla normativa tedesca sulla base dell'assunto che imporre ai prodotti degli altri Stati membri le norme tecniche dello Stato di importazione equivale a stabilire una misura equivalente in quanto si penalizzano i prodotti importati obbligandoli ad un adeguamento oneroso.

La traiettoria delineata in un primo momento dalle istituzioni europee riguardo la regolamentazione del libero commercio era caratterizzata dallo strumento dell'armonizzazione legislativa, percepita almeno inizialmente come un rullo compressore: si puntava cioè alla creazione di norme comuni, che regolassero nei minimi dettagli ogni singolo prodotto, fu la Corte di Giustizia, attraverso le sentenze in materia (tra tutte, la *Cassis de Dijon*), a sviluppare in modo innovativo l'armonizzazione attraverso il principio del mutuo riconoscimento.

La Corte, riaffermò il concetto dell'art 28 (ex art.30), ossia che qualsiasi bene legalmente prodotto e venduto in uno Stato membro deve, in linea di massima, essere ammesso sul mercato di ogni altro Stato membro. Gli unici

accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative». Secondo la Corte quindi, in assenza di regole comunitarie gli Stati membri conservano, in via di principio, la facoltà di disciplinare il consumo dei prodotti purché le normative nazionali non ostacolino il commercio intracomunitario. Gli Stati membri sono dunque liberi di perseguire attraverso questo tipo di normative gli obiettivi meritevoli di tutela qualificabili come «esigenze imperative». Nel caso in questione tuttavia, la regolamentazione nazionale, pur se indistintamente applicabile, costituiva un ostacolo al commercio intracomunitario e risultava contraria al disposto dell'art. 30. Infatti, intralciava le importazioni di un prodotto legalmente fabbricato in un altro Stato membro senza che tale ostacolo potesse essere giustificato da un'esigenza imperativa.

ostacoli al libero scambio, perciò, sono giustificabili solo sulla base di esigenze imperative tassativamente previste (efficacia dei controlli fiscali, protezione della salute pubblica, lealtà delle transazioni commerciali e difesa dei consumatori, art 30) e per motivi di interesse generale.

Pertanto, qualora tali requisiti siano soddisfatti, lo Stato membro di destinazione conserva la possibilità di applicare ai prodotti le proprie norme nazionali.

Quando si passa dal mercato interno allo spazio di libertà e giustizia occorre però operare una riflessione.

Già con riferimento al mercato interno ed alla libera circolazione delle merci è però emersa fin da subito l'idea che una seppur minima forma di armonizzazione fosse necessaria ad evitare un ribasso degli standard⁹¹.

La fiducia reciproca non è infatti un dogma assoluto, ma andrebbe coltivata sulla base di un'integrazione normativa almeno minimale.

Nella realtà l'insperata efficacia del mutuo riconoscimento ha finito per travolgere ogni tentativo di ravvicinamento degli ordinamenti interni. Testimonianza eloquente di questo trend è l'ordine di priorità dato alla produzione normativa in materia: si è deciso di adottare le decisioni quadro sul mandato di arresto europeo, sull'esecuzione degli ordini di blocco e sequestro dei beni strumento o prodotto dei reati, sulla ricerca delle prove, fondate appunto sul mutuo riconoscimento, mentre la decisione quadro sul rispetto dei diritti processuali dell'imputato, volta a introdurre regole di garanzia comuni, è rimasta

⁹¹ Rossolillo, op cit. p. 176 e ss.

allo stadio della proposta. In altri termini, ci si è resi conto che se a livello teorico il reciproco riconoscimento postula l'armonizzazione, in pratica tale principio si presta ad essere impiegato in modo altrettanto efficace come succedaneo dell'armonizzazione stessa, sterilizzando il problema delle diversità esistenti fra i singoli ordinamenti degli Stati membri.

Nella cooperazione giudiziaria penale il principio del mutuo riconoscimento non è formalmente compreso tra i principi giuridici fondamentali dell'Unione lo stesso trova il suo fondamento normativo nell'art. 31 lettera a del Trattato di Amsterdam⁹² in base al quale *l'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende anche la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli stati membri in relazione all'esecuzione delle decisioni.*

Il mutuo riconoscimento dovrebbe consentire di superare le difficoltà esistenti in tema di circolazione dei provvedimenti giudiziari delle autorità penali nazionali legate non solo al filtro dell'autorità politica che tradizionalmente presiede al vaglio dell'opportunità di dar corso alla richiesta di cooperazione, ma anche ad una serie di motivi tradizionalmente previsti a presidio dei profili di legalità dell'attività di cooperazione richiesta⁹³.

⁹² Sul mutuo riconoscimento si veda F. Spiezia, *Crimine transnazionale e procedure di cooperazione giudiziaria*, Milano, 2006. Rossolillo, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002.

⁹³ Si tratta di motivi di rifiuto quali la cittadinanza della persona richiesta, la doppia incriminabilità, l'eccezione di politicità del reato.

La sua forza espansiva è stata ampliata da una serie di pronunce giurisprudenziali, ad esempio in tema di esecuzione delle decisioni penali straniere sia definitive che non definitive relative alla persona⁹⁴ o ancora in tema di esecuzione delle decisioni penali straniere relative alla preservazione di beni giuridicamente rilevanti⁹⁵ ovvero in caso di esecuzione di decisioni penali definitive di condanna⁹⁶.

La sua attitudine a divenire substrato della cooperazione giudiziaria in campo penale non è stata però, fin da principio esente da critiche o perplessità sia sul fronte del dibattito politico che di quello ideologico/dottrinale.

La perplessità maggiore di tipo politico, che ha rappresentato da sempre un freno all'innovazione in termini di cooperazione, risiede, come già detto, nella convinzione che la potestà penale rappresenti la più pregnante manifestazione della sovranità statale la quale non può essere compressa attraverso il trasferimento di competenze ad un altro ente. Dall'altro lato perplessità di tipo giuridico legate al presunto deficit di democraticità dell'Unione che impedirebbe all'Organizzazione in quanto tale di essere dotata di competenze e poteri incidenti in campo penale.

A ben vedere, tuttavia, posto che l'affermazione secondo cui un intervento dell'Unione in campo penale debba radicarsi in un contesto di stato di diritto non

⁹⁴ Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea n. 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri dell'Unione europea.

⁹⁵ Decisione quadro n. 2003/577/GAI, 22 luglio 2003, sull'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestri probatorio.

⁹⁶ Decisione quadro n. 2005/214/GAI del 24 febbraio 2005 sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie; decisione quadro n. 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato.

può essere disattesa, l'intera questione dell'applicabilità o meno del principio del mutuo riconoscimento in campo penale si traduce nella necessità che, in tale contesto, sia comunque garantito il rispetto del principio di legalità. In altre parole, il ricorso allo strumento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie deve offrire livelli di garanzia sul piano della tutela sostanziale dei diritti dei singoli omogenea a quella di ciascuno stato membro.

Volendo intendere il concetto di legalità dalla prospettiva di un ordinamento costituzionalmente orientato, la stessa si manifesta innanzitutto nella legalità dei reati e delle pene (*nulla crimen, nulla pena sine lege*) e comporta, in ordinamenti come il nostro, il rispetto quanto dell'aspetto formale della legalità (quello attinente al procedimento di formazione democratico della norma) tanto dell'aspetto sostanziale (tassatività e determinatezza della fattispecie penale da cui deriva la prevedibilità delle conseguenze che discendono dalla norma stessa, dunque la certezza del diritto), il tutto completato dalla giustiziabilità dei diritti garantiti, vale a dire adeguati meccanismi di controllo della legalità dell'attività normativa.

Ora, quanto al primo punto di osservazione, la questione della democraticità del procedimento di formazione delle norme comunitarie e del rispetto del principio di legalità può essere risolta laddove si ampli il punto di osservazione e si parta da una considerazione di tipo fattuale. Occorre infatti osservare che la nascita di organizzazioni sovranazionali ha fatto sì che i singoli stati perdessero il monopolio della funzione legislativa anche in campo penale a vantaggio di attori internazionali, circostanza questa che obbliga l'interprete a

ricercare un concetto di legalità rivisitato, e conforme ad un contesto giuridico segnato da profonde modifiche di tipo istituzionale.

Nelle materie attinenti allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia l'esercizio delle competenze normative tra Stato e Comunità si organizza sulla base di un doppio titolo di rappresentanza, attraverso il quale è assicurata una compenetrazione tra i diversi livelli di governo, il primo, quello dell'Unione chiamato ad individuare norme di principio, il secondo, quello dello Stato, chiamato a dare applicazione alle norme di principio così stabilite.

Se si muove dall'idea che l'Unione rappresenta una forma sui generis di organizzazione di pubblici poteri e non si cede alla tentazione di indirizzarla verso una forma statuale si arriva alla conclusione che questo intreccio di poteri e competenze assistito dal principio di sussidiarietà consente di assicurare in astratto il rispetto del principio di legalità dalla prospettiva formale.

Quanto all'aspetto sostanziale, si è già detto che per poter affermare il suo rispetto da parte del principio del mutuo riconoscimento occorre verificare se, suo tramite, viene comunque salvaguardata la certezza del diritto intesa in termini di tassatività e determinatezza della fattispecie penale.

A ben vedere, se si seguono le argomentazioni avanzate in precedenza, secondo cui nella ripartizione di competenze Unione/Stato alla prima spetta la normazione di principio mentre al secondo l'adempimento del principio, si giunge alla considerazione di non poco rilievo che la verifica quanto al rispetto della legalità intesa in senso sostanziale deve essere effettuata sulla norma interna di attuazione della stessa decisione. Se si accetta quanto sopra, la questione sulla

presunta violazione del principio di legalità per il tramite del mutuo riconoscimento diventa meramente ideologica perdendo ogni argomentazione di tipo giuridico che la possa sostenere.

L'aspetto che più potrebbe preoccuparci, è invece se all'interno dell'ordinamento comunitario siano previsti adeguati strumenti di tutela giurisdizionale esercitabili dal singolo individuo atti a garantire adeguati meccanismi di controllo della legalità dell'attività normativa.

Dall'esame complessivo degli strumenti oggi a disposizione del singolo e dai procedimenti sottesi al suo esercizio, possiamo affermare con sufficiente grado di certezza che ad oggi il complesso sistema dei ricorsi risulta pressoché fragile.

Il ricorso di legalità è infatti subordinato alla verifica dell'interesse del singolo ad agire unitamente all'interesse diretto ed individuale dello stesso all'annullamento dell'atto impugnato, il quale deve essere in ogni caso suscettibile di esplicare effetti giuridici obbligatori.

Quanto sopra, tuttavia non ci consente di sostenere che la legalità non sia comunque assicurata, la tutela giurisdizionale del singolo in relazione all'attività dell'Unione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si incardina, dunque, principalmente nel contesto degli ordinamenti nazionali ai quali si associa, in via sussidiaria la Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Passando ora all'esame pratico, la prima compiuta applicazione del principio del mutuo riconoscimento in campo penale si è verificata con l'adozione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo⁹⁷.

Senza entrare nel merito, restringendo l'oggetto d'indagine a quanto strettamente funzionale alla questione della conformità o meno del mutuo riconoscimento al principio di legalità possono essere prospettate due perplessità.

Il fatto che la decisione stabilisce che con riferimento ad una serie di condotte criminose espressamente individuate non deve essere verificata l'applicazione del criterio della doppia incriminabilità ha suscitato non poche critiche⁹⁸. In dottrina si è sostenuto, e non ci sembra di poter sostenere diversamente, che le categorie di reato per le quali è esclusa la verifica del criterio della doppia incriminabilità non rappresentano un elenco di fattispecie incriminatrici, non descrivono condotte criminose «ma solo nuclei di disvalore a ciascuno dei quali possono essere riferiti innumerevoli fattispecie, ciascuna descritta dalle leggi penali nazionali⁹⁹. In altri termini, per alcune condotte la verifica circa la doppia incriminabilità è stata compiuta dagli stati ex ante, in sede politica, e la stessa si è tradotta nella individuazione di fattispecie penalmente rilevanti comuni in relazione alle quali l'unica ed ulteriore verifica da compiere riguarda la punibilità delle stesse, nello stato emittente con una pena di almeno tre anni. La preoccupazione espressa in ordine alla mancata corrispondenza di detti

⁹⁷ Decisione quadro del 13 giugno 2002, GUCE, 18 luglio 2002, n. L 190, p1.

⁹⁸ Cfr. M. Vassalli e V. Caianiello, *Cass. Pen.*, 2002, p. 462 ss.

⁹⁹ Cfr. M. Mambriani, *Il mandato d'arresto europeo. Adeguamento dell'ordinamento italiano e diritti della persona*, in M. Pedrazzi (a cura di), *Mandato d'arresto europeo*, Milano 2004, pp. 75-76.

reati con fattispecie interne agli stati ed ancora il presunto contrasto con il principio costituzionale di legali inteso come determinatezza della fattispecie penale viene superato nei fatti allorquando si entra nel merito dei reati elencati, gran parte degli stessi, infatti, o già costituiscono autonome fattispecie di reato nazionali oppure sono già state oggetto di armonizzazione nel quadro dell'attività normativa dell'Unione, ovvero questa era in corso¹⁰⁰. D'altra parte a conferma di ciò la considerazione che per alcune altre di queste condotte, genericamente individuate gli Stati hanno preferito rinviare la prassi interna alla definizione della condotta contenuta in altra normativa dell'Unione (ad esempio in tema di razzismo e di xenofobia) o stabilita nelle stesse dichiarazioni (ne costituiscono esempio le condotte di "racket" e di sabotaggio). Ulteriormente le perplessità in ordine alla violazione del principio di legalità posso essere superate mediante il rilievo che il provvedimento del giudice che contiene il mandato di arresto europeo non è dotato del carattere dell'automaticità, anzi, il giudice potrà rifiutare la cooperazione in tutta una serie di circostanze, ad esempio, laddove si incorra nel pericolo di doppia incriminazione rifacendosi al divieto di caso di né bis in idem, in caso di amnistia ovvero per l'età della persona ricercata, o ancora si pensi alle disposizioni che rendono facoltativo il rifiuto di cooperazione nel caso di sentenza non eseguita o emessa in uno Stato terzo; di assenza di doppia incriminazione nel caso di condotta criminosa diversa dalle trentadue contemplate; di prescrizione; di concorrenza di procedimento per medesimo fatto nello Stato di esecuzione; di

¹⁰⁰ L. Salazar, *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, in M. Bargis e E. Selvaggi (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradiizione alle procedure di consegna*, Torino, 2006, pp. 18-21.

fatto commesso in tutto o in parte nel territorio di quest'ultimo o al di fuori del territorio dello Stato di emissione del mandato (quando la legge dello Stato di esecuzione non consenta l'esercizio dell'azione penale); di richiesta di persona residente nel territorio dello Stato di emissione, ricercata per l'esecuzione di una pena, quando questo Stato si impegni all'esecuzione stessa. La preoccupazione in ordine alla violazione del principio di legalità dunque appare ingiustificata alla luce della considerazione che il mandato d'arresto europeo si concreta in una semplificazione della procedura estradizionale, la quale resta privata esclusivamente della fase amministrativa, quella nell'occasione della quale l'autorità politica dello Stato richiesto è chiamata a vagliare i motivi di opportunità che sottendono l'adempimento della richiesta di cooperazione.

3. Segue... e la circolazione della prova

Il principio del mutuo riconoscimento opera su due livelli distinti di cooperazione a seconda che si tratti o meno di decisioni definitive.

Nel primo caso, infatti, il riconoscimento di una decisione definitiva, frutto di un accertamento compiuto da uno Stato membro comporta per tutti gli altri la presa d'atto che l'iter giudiziario per quel determinato reato si è ormai concluso e che la decisione adottata da questo Stato non può più essere rimessa in discussione.

Nel caso inverso, invece, laddove ci si riferisca a decisioni non definitive, si pensi ad esempio alle decisioni in tema di blocco dei beni o di assunzione della prova, il principio del mutuo riconoscimento e la sua osservanza non escludono il

potenziale concorso di giurisdizioni, anzi in questa eventualità il collegamento fra le medesime diventa necessario. Conseguenza di ciò, l'atto processuale compiuto da uno Stato membro finirà per influenzare lo svolgimento procedimentale in corso presso un altro Stato. Data la complessità del fenomeno è intuibile che i maggiori problemi nascano proprio in questa circostanza e che gli stessi diventino ulteriormente complessi proprio con riferimento alla materia probatoria.

Come precedentemente osservato il principio del mutuo riconoscimento non nasce con riferimento al settore penale bensì con riferimento al settore delle merci. Da un'analisi seppur minimale in tema di circolazione delle merci viene in evidenza, in questo settore, l'adozione da parte degli Stati di standard minimi di qualità dei prodotti cui si riconosce la libertà di circolare. Con riferimento alla circolazione della prova penale non è stata effettuata analoga adozione.

Orbene, se è vero che occorre agevolare la cooperazione giudiziaria in materia penale transfrontaliera nella lotta al crimine internazionale e che, proprio a tal fine è necessario al tempo stesso assicurare all'interno dello spazio comune la libera circolazione della prova, e che ciò è possibile esclusivamente ricorrendo allo strumento del mutuo riconoscimento, è vero anche, dall'altra parte che questo principio non può essere generalizzato. In considerazione, infatti delle differenze esistenti tra i vari Stati membri occorre che siano elevati gli standard minimi delle garanzie processuali in fase di indagine.

La stessa Decisione quadro in tema di mandato di ricerca delle prove dimostra che non è possibile che la circolazione della prova nel contesto europeo possa essere frutto di un automatismo, e che, invece, sia necessaria l'introduzione

di uno standard di garanzia minimo. Proprio con riferimento a tale circostanza occorre porre l'accento sulle garanzie minime che dovrebbero essere assicurate, in particolar modo:

- La garanzia giurisdizionale che implica che la prova sia formata con il contributo del giudice, che assume il ruolo di garante della sua legalità e genuinità. La presenza del pubblico ministero che, essendo parte nel processo e, addirittura in alcuni paesi come ad esempio la Francia, funzionalmente dipendente dall'esecutivo, non è di per sé circostanza sufficiente a garantire l'indipendenza propria dell'organo giurisdizionale strettamente inteso;
- La garanzia difensiva intesa nel senso di partecipazione della difesa nel procedimento probatorio che comporta, tra l'altro, una serie di garanzie procedurali quali il diritto a un'assistenza legale ed alla presenza di quest'ultimo nella fase di acquisizione delle prove nonché il diritto all'assistenza di un interprete.

3. Contraddittorio e regole di ammissione, formazione e valutazione della prova.

L'estrema eterogeneità ad oggi esistente riguardo ai criteri di ammissibilità delle prove in ciascun sistema nazionale – espressione della profonda diversità di senso data nei vari ordinamenti a determinati principi – potrebbe costituire

ostacolo rilevante al momento dell'attuazione dei nuovi strumenti comuni di cooperazione.

Guardando al nostro ordinamento giuridico la stessa riforma dell'art. 111 della Costituzione è stata dettata dalla necessità di rendere effettivo il nucleo centrale delle garanzie previste dalla Convenzione sui diritti dell'uomo.

In questa materia la Corte di Strasburgo ha svolto un ruolo importantissimo in tema di raccordo tra i vari ordinamenti giuridici coinvolti, nonché in tema di innovazione sul significato stesso delle garanzie insite nel principio del contraddittorio nella formazione della prova.

La stessa prospettiva del principio del contraddittorio così come inteso dalla Corte di Strasburgo, risulta, a ben vedere ampliata rispetto a quanto comunemente sostenuto nella giurisprudenza nazionale. È appena il caso di sottolineare, infatti, che la costante elaborazione giuridica italiana è imperniata su di una rigida separazione funzionale delle fasi processuali e, di conseguenza, sulla distinzione del principio del contraddittorio “sulla prova” e di quello “per la prova”. Tali distinzioni non sono ugualmente rintracciabili nella giurisprudenza europea laddove, invece, si contrappone una visione unitaria del principio in parola ancorata all'intera vicenda processuale complessivamente considerata e senza distinzione alcuna in relazione alle diverse fasi procedimentali.

V'è da sottolineare, peraltro, che la visione europea che è frutto del compromesso tra le differenti realtà giuridiche coinvolte sta ingenerando una concezione del principio del contraddittorio che potremmo definire come pluridimensionale laddove ciò che viene in evidenza non è soltanto il rapporto

Pubblico Ministero / Imputato ma il temperamento, il bilanciamento tra i diversi interessi che sono sottesi alla prova penale e che dovrebbero garantire al contempo il rispetto pieno dei diritti fondamentali dell'uomo così come garantiti dalla Convenzione. Significative le ripercussioni sul sistema di circolazione internazionale dei provvedimenti giudiziari nonché quelle in tema di riavvicinamento e di armonizzazione delle norme processuali penali tra i diversi Stati membri.

Non sfuggirà il rilievo che proprio l'attuazione del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie presuppone una reciproca fiducia tra gli Stati, fiducia, appunto fondata anche su uno standard comune di protezione dei diritti processuali all'interno dell'UE. Tale circostanza, peraltro, è stata anche accolta nell'orientamento della giurisprudenza di legittimità¹⁰¹ che ha chiarito che con riferimento al metodo del principio del contraddittorio nella formazione della prova, ricavabile attraverso i principi e le regole sul giusto processo cui si è tenuti al rispetto imposto dalla Carta Costituzionale sono quelli ricavabili dalle Carte Sovranazionali ed in particolare dalla Convenzione Europea per i diritti dell'uomo.

In merito alle tecniche di formazione della prova la previsione del principio del contraddittorio è contenuta all'art 6 della Convenzione alla lettera d) del terzo comma.

¹⁰¹ Cfr. Cass. 3 maggio 2007 n. 237078 in CED.

In base a tale disposizione *ogni accusato ha diritto di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico.*

La norma in questione è la norma cardine per definire il contenuto del contraddittorio nella formazione della prova ed il suo tenore letterale non deve trarci in inganno inducendoci a ritenere che la stessa valga esclusivamente con riferimento all'assunzione della prova testimoniale in quanto, come adeguatamente chiarito dalla Corte di Strasburgo, il precetto convenzionale è applicabile ad ogni tipo di prova¹⁰².

Fra l'altro, riferendoci allo specifico abito della prova testimoniale giova rammentare che la Corte adotta un concetto ampio di testimone fornendo una definizione atipica dello stesso nella quale sono ricompresi, indistintamente il testimone in senso stretto, il coimputato, l'imputato connesso, la vittima del reato, la parte civile, gli informatori della polizia nonché gli esperti come periti e consulenti tecnici.

La qualifica di testimone, inoltre viene conferita a prescindere dal fatto che lo stesso renda le proprie dichiarazioni in udienza. Al fine del rispetto delle prescrizioni in tema di valida formazione della testimonianza la scriminante è resa dalla semplice resa della testimonianza utilizzata dal giudice nella valutazione della prova. La ratio di tale scelta è ovviamente da rintracciare nella necessità di assicurare uniforme applicazione della regola dettata a prescindere dalle regole interne ai singoli Stati membri.

¹⁰² Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 6 maggio 1985, caso Bonisch c. Austria.

È appena il caso di sottolineare, dunque che la norma Cedu e la stessa giurisprudenza europea si muovono in linea inversa all'ordinamento italiano, in ottica di semplificazione delle regole di assunzione della prova e dei criteri di valutazione della prova che, potrebbero, rappresentare dei punti di partenza anche in ottica di razionalizzazione delle regole interne.

Di non poco rilievo in tema di formazione della prova e di successiva utilizzabilità della stessa la circostanza - ricavabile da una pronuncia resa dalla Corte di Strasburgo nell'ambito di un procedimento civile i cui risultati sono tuttavia estendibili anche al processo penale¹⁰³ - che la Corte ritiene che la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali può comportare anche la disapplicazione di una norma interna in tema di formazione della prova. Nel caso di specie era stata ritenuta, dalla magistratura olandese, non utilizzabile una dichiarazione resa dal legale rappresentante della succursale della banca in virtù del principio *nemo in propria causa testis esse debet*. La Corte di Strasburgo, pur non entrando nel merito delle scelte della magistratura olandese ha ritenuto violato il principio della parità delle armi in quanto era stata negata all'unico possibile testimone la possibilità di rendere la propria deposizione.

Si segnala, inoltre, che nel concetto di diritto alla prova rientra anche un ulteriore aspetto concernente il diritto alla ricerca probatoria ricavabile dall'art 3 lett b) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. L'esercizio di tale diritto implica che il titolare possa fare ricerca ai competenti organi

¹⁰³ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 ottobre 1993 caso De Haes e Gijssels c. Belgio.

giudiziari di assunzione di un mezzo di prova, con una sua richiesta peraltro anche solo sommariamente motivata. L'aspetto più rilevante di tale costruzione è che il contenuto di tale diritto si esplica nel diritto all'ammissione della prova inteso in senso pieno cui fa da garante la necessità che un eventuale provvedimento di diniego del giudice debba essere motivato¹⁰⁴, unitamente al diritto all'assunzione della stessa nel contraddittorio delle parti.

Guardando all'ordinamento giuridico italiano il principio del contraddittorio nella formazione della prova – espressamente enunciato nell'art.111 comma 4 Cost. – trova attuazione nel processo penale attraverso l'articolazione del procedimento probatorio in tre momenti distinti: quello dell'ammissione delle prove, quello della loro formazione e, infine, quello della valutazione della prova. A ciascuno di questi momenti corrispondono regole distinte, rispettivamente di ammissione, di acquisizione o esclusione e di valutazione¹⁰⁵.

Nel dibattimento, la richiesta di prove delle parti si colloca in uno spazio preciso – al termine dell'esposizione introduttiva e prima dell'istruttoria dibattimentale – ed è soggetta agli ulteriori requisiti che la rendano rituale. Il diritto alla prova spetta alle parti (pubblico ministero e parti private). Il giudice, in corrispondenza con il riconoscimento di un vero e proprio diritto alla prova delle parti (art.190 c.p.p.) è tenuto di regola ad ammettere tutte le prove richieste. Vanno, infatti, escluse soltanto le prove manifestamente superflue o irrilevanti,

¹⁰⁴ Cfr. Corte Europea sent. 22 aprile 1992, caso Vidal c. Belgio.

¹⁰⁵ A. CIAMPI, L'assunzione di prove all'estero in materia penale, Cedam, Padova, 2003

oltre a quelle vietate dalla legge ed i parametri ordinari di ammissibilità della prova sono definiti dal codice di procedura penale.

Tutte le caratteristiche appena elencate comportano la definizione, almeno con riferimento alla prima parte del procedimento probatorio, di un sistema dominato dalle parti.

Vige, in sostanza, una presunzione di ammissibilità delle prove richieste dalle parti, potendo essere escluse solo quelle manifestamente irrilevanti e superflue e, al tempo stesso, laddove le stesse non siano ritenute tali si può ritenere sussistente un vero e proprio diritto delle parti a che le prove siano effettivamente acquisite.

Il potere del giudice in tema di iniziativa probatoria è, infatti, nel nostro ordinamento un'eccezione, previsto a titolo integrativo e non sostitutivo, e può essere esercitato secondo limiti stringenti solo al termine dell'istruttoria dibattimentale e solo se risulta "*assolutamente necessario*" (art.507 c.p.p.).

Che l'iniziativa probatoria spetti alle parti viene in rilievo, a maggior ragione, con riferimento alle regole dettate in tema di valutazione dei risultati dell'istruttoria dibattimentale, il giudice italiano potrà, infatti, fondare il suo libero convincimento esclusivamente sulle prove legittimamente acquisite (art.526 c.p.p.) e dovrà, al tempo stesso, motivare la decisione adottata secondo criteri di ragionevolezza.

Le regole relative alla formazione della prova, in tema di cooperazione giudiziaria penale, come si è anticipato, costituiscono, invece, l'aspetto intorno al quale si raccolgono le principali difficoltà della cooperazione fra lo Stato del

processo e lo Stato del luogo in cui deve essere assunta o semplicemente acquisita la prova. Come si è visto con riferimento all'ordinamento italiano vi è una rigida separazione fra i due momenti, quello dell'ammissione e quello della formazione delle prove, anche all'estero, così come risulta anche chiaramente dalla giurisprudenza.

La Corte di Cassazione¹⁰⁶ ha, ad esempio, riaffermato la possibilità della tutela, attraverso il mezzo della richiesta di riesame ai sensi dell'art.324 c.p.p., dei diritti del soggetto nei cui confronti si sia proceduto all'esecuzione di un sequestro probatorio da parte dell'autorità giudiziaria straniera che abbia accolto la richiesta inoltrata dall'autorità giudiziaria italiana. Ciò in quanto, nel provvedimento di sequestro, formalmente disposto dall'autorità giudiziaria straniera, possono distinguersi due momenti: quello decisionale sulla necessità del sequestro ai fini probatori e sulla verifica della sussistenza delle condizioni normative legittimanti l'adozione ed il mantenimento del sequestro probatorio, materialmente eseguito all'estero, che appartiene all'autorità richiedente e quello relativo all'esecuzione di esclusiva competenza dell'autorità straniera cui spetta il controllo della regolarità degli atti relativi a tale fase. Di conseguenza per quanto attiene alla verifica dei presupposti normativi del provvedimento di sequestro richiesto dall'autorità estera potranno essere attivati i meccanismi di impugnazione e di controllo previsti dal nostro codice di rito mentre eventuali irregolarità o nullità procedurali possono essere denunziate soltanto avanti alla competente autorità estera, secondo la legge dello Stato di esecuzione.

¹⁰⁶ Cass. Pen. Sez. I Pen. n. 34576 del 15 ottobre 2002, Monnier, in Riv. dir. int. 2003, p.249

Un analogo principio è stato ribadito con riferimento alla verifica dei presupposti di ammissibilità di intercettazioni telefoniche all'estero¹⁰⁷.

Assai meno marcata appare, invece, la distinzione, nell'ambito delle regole relative alla formazione della prova, fra regole di acquisizione, e regole di esclusione le prime che disciplinano in positivo l'iter di costituzione del materiale probatorio utilizzabile, le seconde, invece, che sanciscono l'inutilizzabilità ai fini del giudizio delle prove assunte in violazione delle regole di acquisizione.

Con riferimento all'attività di acquisizione probatoria il codice di procedura penale prevede una regola espressa, specificamente relativa all'acquisizione delle prove da assumere all'estero, l'art.727 comma 5 bis c.p.p. dispone, per le richieste avanzate sulla base delle convenzioni internazionali l'obbligo, per l'autorità procedente, di specificare le modalità dell'assistenza richiesta *“indicando gli elementi necessari per l'utilizzazione processuale degli atti”*.

Con riferimento, invece, alle regole di esclusione ad hoc a norma dell'art.729 c.p.p. si configurano varie ipotesi di inutilizzabilità degli atti assunti a seguito di una richiesta di assistenza giudiziaria internazionale.

Il primo comma dell'art. 729 cpp stabilisce che la violazione delle norme di cui all'art. 696 comma 1 in tema di acquisizione o trasmissione di documenti o di altri mezzi di prova a seguito di rogatoria all'estero comporta l'inutilizzabilità dei documenti o dei mezzi di prova acquisiti o trasmessi. Inoltre, qualora lo Stato

¹⁰⁷ Cass. Pen. Sez. I Pen. n. 37774 dell'8 novembre 2002, Strangio in Diritto e Giustizia 2002, p. 41

estero abbia posto condizioni all'utilizzabilità degli atti richiesti, l'autorità giudiziaria è vincolata al rispetto di tali condizioni.

Il primo comma bis dell'art 729 cpp stabilisce, inoltre l'inutilizzabilità degli atti compiuti dall'autorità straniera, laddove siano state dettate regole per l'utilizzo processuale degli atti ai sensi dell'art.727 comma 5 bis c.p.p., e lo Stato estero abbia dato esecuzione alla rogatoria con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità giudiziaria.

Circostanza importante che con riferimento alle regole di esclusione di cui sopra, onde impedire che la prova inutilizzabile perché viziata a norma dell'art. 729 comma 1 ed 1 bis, entri a far parte del materiale probatorio attraverso la prova dichiarativa, il nostro legislatore ha stabilito l'inutilizzabilità delle dichiarazioni, da chiunque rese, aventi ad oggetto il contenuto degli atti inutilizzabili ai sensi dei commi 1 e 1 bis. Si applica la disposizione dell'art.191 comma 2”.

4. L'atto proveniente da un procedimento penale straniero.

Resta da esaminare un ultimo aspetto, la reale portata applicativa del mandato europeo di ricerca delle prove, di cui si è discusso nella prima parte del presente elaborato. Con riferimento all'ordinamento italiano, alla luce delle precisazioni su effettate lo stesso troverebbe applicazione limitatamente alla raccolta di dati informativi, prove materiali - nell'ambito delle quali rivestono specifica importanza il corpo del reato e le cose ad esso pertinenti di cui all'art.253 c.p.p. – nonché le prove documentali disciplinate dagli articoli 234-243

c.p.p., ad eccezione però dei certificati del casellario giudiziale al quale è stata dedicata una apposita misura europea.

Sul punto la decisione-quadro prevede due deroghe alla luce delle quali si consente una applicazione più ampia del mandato probatorio europeo.

Facendo leva sul collegamento con l'oggetto del mandato, è possibile la raccolta di dichiarazioni di persone presenti all'atto dell'esecuzione del mandato in base alle norme pertinenti dello Stato di esecuzione applicabili ai casi nazionali, qualora ciò sia richiesto dall'autorità di emissione (art.4 par.6).

È altresì possibile, in ottica di economia processuale, ottenere gli oggetti, i documenti ed i dati di norma esclusi dall'ambito di applicazione della decisione-quadro purché già in possesso dell'autorità di esecuzione prima dell'emissione del mandato (art.4 par.4).

Questo in linea di principio, occorre però verificare quanto queste deroghe siano effettivamente in grado di influire sul raggio d'azione della decisione-quadro in esame¹⁰⁸, anche in considerazione della circostanza che il codice di procedura penale regola in modo alquanto diverso le forme di circolazione probatoria internazionale, a seconda che esse abbiano rispettivamente ad oggetto la trasmissione di documenti, di atti eseguiti dall'autorità giudiziaria estera motu proprio ovvero a seguito di specifica richiesta attraverso l'emissione di un mandato europeo di ricerca della prova.

In particolare, per quanto concerne l'acquisizione in dibattimento della prova documentale, il quadro normativo generale è estremamente scarno. I

¹⁰⁸ R. BELFIORE, Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria in materia penale, in Cass. Pen. n.10 del 2008 p. 3894 ss., Giuffrè, Milano.

documenti vengono ammessi a norma dell'art.495 comma 3 c.p.p., il quale si limita a prescrivere il contraddittorio fra le parti, e l'atto acquisitivo consiste nella semplice allegazione al fascicolo per il dibattimento in seguito alla produzione della parte richiedente. Ciò significa che, diversamente da quanto è previsto per i verbali delle prove dichiarative, dei documenti non occorre dare lettura ai sensi dell'art.511 c.p.p. Un regime particolare è però previsto per gli atti di un procedimento penale straniero.

Due brevi precisazioni si rendono necessarie a proposito della deroga in favore del materiale probatorio già in possesso dell'autorità in esecuzione prima dell'emissione del mandato.

In primo luogo, rispetto alle prove già esistenti al momento di emissione di un mandato si prescinde dalla possibilità, fornita dalla decisione-quadro per le prove da acquisire, che l'autorità di esecuzione ottemperi alle formalità ed alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione che non siano in conflitto con i principi di diritto fondamentali dello Stato di esecuzione (art.12). È ovvio che le prove acquisite inizialmente ai soli fini di un procedimento interno sono formate secondo la legge del luogo di quel procedimento e sono perciò sottratte alla disciplina diretta a facilitare la compatibilità della raccolta probatoria con la legge dello Stato di emissione, prevista per i casi in cui il mandato sia precedente alla raccolta delle prove che si richiedono. In secondo luogo, rispetto alle prove già in possesso di una autorità estera il codice di procedura penale prevede una disciplina ad hoc per la loro acquisizione. Sebbene le modalità di trasmissione di richiesta aventi per oggetto gli atti di un procedimento penale

straniero siano disciplinate all'art.727 c.p.p. ss., le regole di introduzione di questi atti nel processo sono differenti da quelle previste in via generale per le prove ottenute mediante rogatoria.

La prova raccolta o assunta all'estero a seguito di richiesta di assistenza giudiziaria risulta pienamente utilizzabile ai fini della formazione del libero convincimento del giudice in quanto l'art.431 lett. d) c.p.p. prevede l'inserimento nel fascicolo dibattimentale anche di elementi conoscitivi raccolti direttamente dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria straniera, e ciò a prescindere dai requisiti di irripetibilità che debbono caratterizzare questo tipo di materiale probatorio ai fini del suo inserimento nel fascicolo del dibattimento.

La prova cd. Pre-acquisita in territorio estero seguirà le regole dettate dall'art.78 disp. att. c.p.p..

Tale norma dispone, infatti, che la documentazione degli atti di un procedimento penale estero, diversamente rispetto a quanto accade per una rogatoria, può essere acquisita al fascicolo per il dibattimento ai sensi e per gli effetti dell'art.238 c.p.p., norma quest'ultima dettata per disciplinare l'acquisizione e l'utilizzabilità di verbali di prove di altri procedimenti, quali prova documentale. Dei verbali di prove di altro procedimento straniero deve essere poi data lettura ai sensi dell'art.511 bis c.p.p.

Quanto detto comporta che impossibilità in altro modo non evitabile di osservare le formalità e le procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, da una lato, e le speciali regole di acquisizione ed utilizzabilità previste dal codice di procedura penale italiano, dall'altro, sono potenzialmente in grado di

annullare la deroga prevista dalla decisione-quadro in esame in favore della prova pre-acquisita.

Vengono alla luce, dunque, problematiche di coordinamento tra il sistema di circolazione probatoria improntato al mandato europeo di ricerca delle prove ed il sistema di circolazione probatoria dettato dal codice di procedura penale.

Tali problemi attengono, innanzitutto, alla mancata previsione da parte della decisione quadro di specifici requisiti di formazione della prova previamente acquisita nel procedimento di origine. Il sistema nazionale, come sopra evidenziato, introduce un complesso sistema, desumibile dal combinato disposto di cui agli artt. 78 disp. att. c.p.p. e 238 c.p.p., che, consente il recupero delle prove sia nazionali che estere a patto che dette prove siano state assunte in incidente probatorio o in dibattimento e, nel caso di recupero di prove dichiarative, che il difensore dell'imputato nel procedimento di destinazione abbia partecipato all'assunzione nel procedimento di origine. Il principio del contraddittorio da un lato e l'esigenza di prevenire superflue reiterazioni di attività probatoria in ottica di economia processuale, dall'altro, devono fondersi in quanto entrambi i requisiti di cui sopra andranno rispettati, seppur con le ovvie difficoltà esistenti e ciò soprattutto in relazione al requisito del concorso del difensore di colui nei confronti del quale quelle dichiarazioni potranno essere utilizzate; condizione, questa, che soprattutto con riferimento ad elementi probatori in transito da uno Stato all'altro, non è sempre facilmente realizzabile.

Nel caso in cui, invece, il materiale conoscitivo sia raccolto in assenza delle garanzie su delineate, lo stesso potrà essere acquisito solo se caratterizzato

da irripetibilità originaria o sopravvenuta (art.238 comma 3 c.p.p.) ovvero potrà essere utilizzato per le sole contestazioni laddove si tratti di atto ripetibile e le parti non acconsentano alla sua acquisizione (art.238 comma 4 c.p.p.).

Nel caso di atti compiuti dalla polizia straniera, poi, l'art.78 comma 2 disp. att. c.p.p. le condizioni da rispettare al fine di acquisizione al fascicolo per il dibattimento ancora più rigide. Il codice di rito prescrive non soltanto che debba trattarsi di atti non ripetibili ma, al tempo stesso, che sussista il consenso delle parti o l'esame testimoniale degli autori di quegli atti, eventualmente anche mediante rogatoria all'estero in contraddittorio. Ulteriore limitazione la circostanza che non possono essere esaminati gli autori degli atti aventi contenuto dichiarativo, ciò perché in caso inverso si avrebbe violazione dell'art.195 comma 4 c.p.p. in materia di testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria. Potranno essere esaminati, dunque gli autori di attività materiali quali rilievi tecnici, ispezioni e sequestri. Tale circostanza non manca di mostrare il suo lato critico laddove, calata nella realtà nazionale, il diritto all'esame previsto dall'art.78 disp. att. c.p.p. vanifica l'utilità della deroga prevista dalla decisione-quadro circa le prove pre-acquisite in quanto comporta pur sempre l'attivazione di una rogatoria.

In linea generale, analogo discorso può essere fatto in merito al diritto riconosciuto alle parti a norma dell'art.238 c.p.p. di ottenere l'esame delle persone le cui dichiarazioni rese in altro procedimento sono state acquisite. Costituisce deroga generale all'esercizio di tale diritto la circostanza che gli atti non siano più ripetibili ovvero sia divenuta impossibile la ripetizione del soggetto interessatone

per fatti o circostanze sopravvenute ed imprevedibili a norma dell'art.190 bis c.p.p.

Ulteriore punto di attrito tra la normativa dettata dalla decisione-quadro in oggetto e quella nazionale è ravvisabile con riferimento alla natura del materiale probatorio acquisibile al fascicolo dibattimentale. La decisione quadro in tema di mandato di ricerca delle prove all'estero consente la richiesta di oggetti, documenti o dati già in possesso dell'autorità straniera a prescindere dalle finalità per le quali sono stati acquisiti prima dell'emissione di un mandato europeo di ricerca delle prove, ciò sta a significare che detto materiale probatorio può essere ottenuto indipendentemente dalla natura penale di un procedimento. Il codice di rito all'art 238 consente tassativamente la sola acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti penali se si tratta di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento e l'acquisizione di verbali di prove assunte in un giudizio civile soltanto se definito con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata. Quando poi si passa alla normativa dettata per le prove assunte all'estero i verbali di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza passata in giudicato restano fuori dal complesso delle prove acquisibili ad opera dell'art.78 disp. att. c.p.p., il quale si riferisce alla documentazione di atti dei soli procedimenti penali; così come restano fuori i verbali di un procedimento amministrativo, la cui menzione è del tutto assente dal novero tassativo di cui all'art.238 c.p.p..

Così come per i verbali di prove di procedimenti aventi natura diversa da quella penale, esiste un ulteriore problema di coordinamento tra la disciplina dettata dalla decisione quadro e quella nazionale in tema di intercettazioni.

Il codice di rito detta una regolamentazione autonoma in tema di circolazione tra procedimenti degli esiti di intercettazioni di comunicazioni che esula dal sistema di cui agli artt. 78 disp. att. c.p.p. e 238 c.p.p., contenuta nell'art. 270 comma 1 in base al quale i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. L'art.270 c.p.p. riduce fortemente l'ambito di utilizzabilità delle intercettazioni acquisite a differenza di quanto disposto nella decisione-quadro in esame la quale esclude dal suo ambito di applicazione anche le intercettazioni di comunicazioni, tranne per il caso in cui le stesse siano già state effettuate dall'autorità di esecuzione precedentemente all'emissione del mandato europeo di ricerca delle prove; trattandosi in questo caso di prova pre-acquisita.

A conclusione dell'articolato quadro di riferimento su sintetizzato, a ben vedere, si può agevolmente comprendere come il già ristretto scopo del mandato europeo di ricerca delle prove appare particolarmente circoscritto nell'ordinamento italiano, e ciò soprattutto rispetto alla deroga apparentemente comprensiva a favore della prova acquisita.

Quello che deve essere verificato giunti a questo punto è se risulti possibile una legge di implementazione che introduca regole di acquisizione ed utilizzabilità degli atti assunti mediante lo strumento mandato probatorio europeo diverse rispetto a quelle in vigore per gli atti provenienti da procedimenti di interni ovvero ottenuti mediante rogatoria internazionale.

L'ostacolo maggiore che si incontra nel sostenere la sussistenza di regolamentazioni differenti è che se una scelta di questo tipo non venisse assistita da ragioni sufficientemente forti si correrebbe il rischio di creare un ingiustificato doppio binario attraverso il quale far transitare prove della medesima natura ma in maniera differente a seconda che le stesse siano o meno oggetto di mandato probatorio europeo. È chiaro che in tale evenienza, almeno in linea di principio, minori problemi si avrebbero con riferimento alla circolazione delle prove costituende in quanto queste ultime sono raccolte proprio al fine di essere acquisite in un procedimento straniero, e quindi potrebbero, sempre in linea di principio, meglio adattarsi alle regole che informano quel procedimento ed essere acquisite con le formalità e le procedure appositamente indicate dall'autorità di emissione. Non pare dunque condivisibile una chiusura tout court alla possibile futura estensione del mandato probatorio europeo alle prove costituende ed in particolar modo alla prova dichiarativa in quanto, in assenza di eventuali modifiche sostanziali da parte della legge di attuazione, la raccolta del materiale probatorio e/o l'acquisizione da parte dell'autorità giudiziaria straniera dietro richiesta della competente autorità italiana, si muoverebbe nel rispetto delle regole codicistiche contenute negli artt. 431 comma 1 lett. d) e f) c.p.p. e 512 bis c.p.p.

In particolar modo ai sensi dell'art.431 comma 1 lett.f) c.p.p. sarà possibile raccogliere nel fascicolo per il dibattimento soltanto i verbali assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale nel rispetto delle garanzie difensive, vale a dire solo quei verbali rispetto ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e

di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana. La disposizione si riferisce, dunque, alle richieste di assistenza formulate dal pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari salvo però che si tratti di atti non ripetibili, i quali possono in ogni caso essere acquisiti ai sensi dell'art.431 lett. d) c.p.p.

Tale ultima precisazione ci consente di aprire una parentesi in ordine alla possibilità di un ricorso indiscriminato alla deroga in parola.

Detta eventualità, peraltro, risulta confermata nella casistica della Corte di Cassazione. Il giudice di legittimità¹⁰⁹ ha ad esempio ritenuti irripetibili e, quindi, inseriti nel fascicolo per il dibattimento atti relativi ad un sequestro, eseguito all'estero su richiesta del pubblico ministero nella fase delle indagini, di documentazione bancaria riguardante depositi di alcuni imputati. La Corte ha ritenuto che nel caso di specie non poteva essere fatta valere la violazione delle garanzie difensive previste dagli articoli 253 ss. cod. proc. pen. e 113 ss. disp. att. cod. proc. pen., *“perché il diritto di difesa può subire, da parte del legislatore, restrizioni e adattamenti, consigliati dalle peculiarità delle diverse situazioni processuali, allorché si vogliano salvaguardare altri interessi ragionevolmente meritevoli di tutela”*. Seguendo tale argomentazione che peraltro ci appare censurabile l'irripetibilità dell'atto equivarrebbe ad assicurarne l'acquisizione al fascicolo del dibattimento e quindi l'utilizzabilità da parte del giudice ai fini del fondamento del proprio libero convincimento. Tale conclusione ci appare errata nella misura in cui non si consideri che in realtà una lettura sistematica delle norme del codice ci porta a ritenere che il legislatore consideri irripetibili ed

¹⁰⁹ Cfr. Cass. Pen. Sez. VI n. 6753 dell'8 giugno 1998, in Riv pen. 1998, p.1178.

acquisibili al fascicolo del dibattimento solo quegli atti che non siano irripetibili per loro natura – in caso contrario buona parte dei mezzi di prova dovrebbero essere considerati tali – bensì quelli che sono divenuti tali per fatti o circostanze imprevedibili al momento in cui sono stati compiuti, viceversa per gli atti rispetto ai quali l'irripetibilità era sussistente ab origine o comunque in ogni caso ragionevolmente prevedibile, l'acquisizione dovrebbe essere esclusa in presenza di una violazione del sistema di garanzia predisposto ed in particolar modo dei diritti di difesa, così come disposto dall'art. 431 lett f) c.p.p.

Tale distinzione tuttavia non è operata dalla giurisprudenza. A riprova di ciò la circostanza che la Corte di Cassazione¹¹⁰ ha ritenuto in altra circostanza non violato l'art. 111 4° comma della Costituzione in caso di acquisizione e valutazione dei verbali di testimonianze assunte in assenza di contraddittorio delle parti, laddove i testimoni si erano poi rifiutati di ripetere le dichiarazioni in dibattimento sulla base dell'assunto che all'epoca dei fatti il principio del contraddittorio non era stato ancora costituzionalizzato e che comunque in base al 5° comma dell'art. 111 della Costituzione risulta possibile la formazione della prova in assenza di contraddittorio delle parti in caso di accertata impossibilità di natura oggettiva, impossibilità all'interno della quale poteva essere fatta rientrare la prova assunta mediante rogatoria internazionale in quanto per ragioni di sovranità non si può vincolare lo Stato straniero a conformarsi ai principi costituzionali italiani. Nel caso inverso secondo la Corte lo strumento della rogatoria internazionale verrebbe privato del suo reale contenuto inteso quale

¹¹⁰ Cfr. Cass. Pen. Sez I n. 36290 dell'8 ottobre 2001, in Riv pen 2001.

strumento pensato per un tempestivo e valido accertamento del crimine internazionale. Nessuna verifica sulla effettiva sussistenza dell'impossibilità di tipo oggettivo è compiuta dalla Corte. Sul punto, giova una precisazione. Vero è che l'acquisizione degli atti al fascicolo del dibattimento non ne comporta sic et simpliciter l'utilizzabilità ma, d'altra parte la non acquisizione ne comporta senza ombra di dubbio l'impossibilità all'utilizzo. Si produrrebbe così una sovrapposizione tra la regola di esclusione generale sancita dall'art. 729, comma 1 bis e le regole di cui all'art. 431 lettere d) e f) che ne costituirebbero, in tal modo una parziale ripetizione. Tuttavia se è vero che le regole dettate dall'art. 431 rappresentano il nucleo degli elementi necessari per l'utilizzazione processuale degli atti provenienti dal altro procedimento è anche vero che la loro acquisizione, in violazione delle garanzie dettate, è possibile solo in caso di accertata e non prevedibile irripetibilità.

Continuando nell'analisi degli atti raccolti nel fascicolo del dibattimento e che potranno essere utilizzati dall'organo giudicante, ai sensi dell'art. 511 è consentita la lettura dei verbali di dichiarazioni, degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento *“solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo”*. Chiaro dunque che se le dichiarazioni verranno successivamente rese in dibattimento nessuna questione si pone in merito alla lettura dei verbali, in caso inverso in mancanza del rispetto degli elementi necessari per l'utilizzazione processuali degli atti di cui all'art. 729 comma 1 bis e ter c.p.p. gli atti non saranno utilizzabili.

Rispetto alle regole su elencate eccepiscono gli atti d'indagine non inseriti nel fascicolo del dibattimento per sopravvenuta irripetibilità per fatti o circostanze imprevedibili, ci si riferisce alla disciplina dettata dagli artt. 512 e 512 bis c.p.p. in tema di dichiarazioni rese da persone residenti all'estero ovvero rese dall'imputato o coimputato o da persona imputata in un procedimento connesso nei cui confronti si proceda ovvero si sia proceduto separatamente a norma dell'art. 513 c.p.p. Delle deroghe in parola quella che pone maggiori problemi interpretativi è quella delineata dall'art 512 bis laddove suo tramite si potrebbe giungere a ritenere utilizzabili dichiarazioni ritenute irripetibili per la sola circostanza della non comparizione del testimone residente all'estero. Viceversa quanto all'applicabilità della norma di cui all'art. 513 c.p.p. non appare violato il principio del contraddittorio.

BIBLIOGRAFIA

ALLEGREZZA S., Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione delle prova penale nello spazio giudiziario europeo, in AA.VV., L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia, Giuffrè, 2007, Milano

ALLEGREZZA S., L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona, in Cass. Pen., 2008, p.3882.

ALLEGREZZA S., L'incertezza dei limiti probatori nel progetto Corpus Juris, in AA.VV. Il Corpus Juris 2000 – Nuova formulazione e prospettive di attuazione, a cura di PICOTTI L., Cedam, 2004, Padova.

APRILE E. – SPIEZIA F., Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona, Ipsoa, 2009.

APRILE E., Diritto processuale penale europeo e internazionale, Cedam, Padova 2007.

APRILE E., I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea, dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Pupino in materia di incedente probatorio, in Cass. Pen. 2005, p. 1150.

BARATTA R., Le principali novità del Trattato di Lisbona, in Diritto dell'Unione Europea, 2008, p.21.

BARILE P., Il cammino comunitario della Corte, in Giurisprudenza costituzionale, 1973, p. 2401 e ss

BARONE A., Corte Costituzionale e diritto comunitario, nota all'ordinanza 536/1995 in Foro Italiano 1996..

BASSI N., Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale – La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo, Giuffré, Milano, 2008.

BELFIORE R., Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria in materia penale, in Cass. Pen.2008, p. 3894.

CAIANELLO V. – VASSALLI G., Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, in Cass. Pen. 2002, p. 462.

CASSESE S., Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali, in CHITI M.P. E GRECO G. (diretto da), Trattato di diritto amministrativo europeo, Giuffré, Milano, 2007.

CASSESE S., Il diritto amministrativo globale:una introduzione, in Riv. trim. dir. pubbl., 2005, p.331.

CIAMPI A., L'assunzione di prove all'estero in materia penale, Cedam, Padova, 2003

COCOZZA L., Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Torino, 1994.

D'ATENA A., Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali, in Giurisprudenza costituzionale, 1967

DE AMICIS G. – IUZZOLINO G., Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia delle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, in Cass. pen., 2004, p.3067.

DE AMICIS G., Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione, in Cass. Pen. 2008, p. 3033, Giuffrè, Milano.

DE SALVIA M., Il mandato d'arresto europeo: una fuga in avanti? in PEDRAZZI (a cura di), Il mandato d'arresto europeo e garanzie della persona.

FUMAGALLI L., Competenza della Corte di Giustizia e ricevibilità della domanda nella procedura pregiudiziale, in Dir. Comunitario scambi internazionali, 1993., 311. spec 319-320, testo e note

GRASSO G., Prefazione Il Corpus Juris e il progetto di Costituzione per l'Europa, in Il corpus Juris 2000. un modello di tutela dei beni giuridici comunitari, a cura di Grasso e Sicurella, Milano, 2003. p. 2 e ss.

GRASSO G., Prospettive di uno spazio giudiziario europeo, in Indice penale, 1996, pp. 113-114.

GUAZZARROTTI COSSIRI: L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente, in Forum Costituzionale.

JESCHECK, Possibilità e limiti di un diritto penale per la protezione dell'Unione Europea, in Ind. Pen., 1998, p. 229 e ss. MAZZA O., Il principio del muto riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea, in Rivista del diritto processuale 2009, p. 393.

MAMBRIANI M., Il mandato d'arresto europeo. Adeguamento dell'ordinamento italiano e diritti della persona, in M. Pedrazzi (a cura di), Mandato d'arresto europeo, Milano 2004, pp. 75-76.

MELILLO G., Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova, in Cass. Pen. 2006 p. 265 B.

MONTANARI L., I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne, Torino, 2002.

MORI P., Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana, in Riv. Dir. Int. 1983

MUSACCHIO V., Il Trattato di Lisbona e le basi per un nuovo diritto penale europeo, in Rivista penale, 2008 n.5.

NAPPI A., L'immediata applicabilità del diritto comunitario nell'ordinamento italiano, in Incontri del CSM, Roma 2003.

PASQUERO A., Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo, Giuffrè, Milano, 2007.

PEDRAZZI M., Mandati d'arresto europeo e garanzie della persona.

PIATTOLI B., La tutela dei diritti fondamentali: i principi della decisione quadro e le garanzie della normativa derivata, in

AA.VV. Mandato d'arresto europeo – Dall'extradizione alle procedure di consegna, a cura di M. BARGIS e E. SELVAGGI, Giappichelli, 2005, Torino.

RAFARACI T., Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della costruzione europea, in AA.VV. L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia, Giuffrè, Milano, 2007.

SANTI ROMANO, L'ordinamento giuridico, Firenze 1951

RAIMONDI G., Garanzie del giusto processo in relazione ai meccanismi di cooperazione giudiziaria internazionale, in AA.VV. Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo, Torino, Giappichelli, 2004, p. 185.

RUGGERI A., Riforma del titolo V e giudizi di "comunitarietà" delle leggi , Intervento al Seminario su Diritto comunitario e diritto interno, Palazzo della Consulta 20 aprile 2007.

ROSSOLILLO, Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali, Padova, 2002.

SALAZAR L., La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere, in Cass. Pen. 2000.

SALAZAR L., La costruzione di uno spazio penale comune europeo, in Lezioni di diritto penale europeo, (a cura di) GRASSO G. – SICURELLA R., Giuffrè, Milano, 2007.

SALAZAR L., La lotta alla criminalità nell'Unione:passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia, in Cass. Pen. 2004, 3510.

SALAZAR L., La lunga marcia del mandato d'arresto europeo, in AA.VV. Mandato d'arresto europeo – Dall'extradizione alle procedure di consegna, a cura di M. BARGIS e E. SELVAGGI, Giappichelli, 2005, Torino.

SELVAGGI E., Filo diretto tra giudici e Stato straniero per la domanda di consegna dei ricercati in Guida Dir. 2001, p. 109 ss,

SERRANO, Profili della riserva di legge tributaria tra norma interna e norma tributaria, Messina, 2005

TESAURO G., Diritto Comunitario, Cedam, Padova, 2008

TONINI P., *La prova penale*, Padova, 2000

TONINI P., *Processo penale e norme internazionali: la Consulta delinea il quadro d'insieme*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 417.

UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea*, Cortina, Milano, 2009.

UBERTIS G., *Sistemi di procedura penale I – Principi generali*, Torino, Utet giuridica, 2007.

VALENTINI C., *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Cedam, 1998, Padova.

VASSALLI G., *Il mandato d'arresto europeo viola il principio di uguaglianza*, in *Diritto e giustizia*, 2002, p. 8.

ZAGREBELSKY V., *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo"*, relazione al XX Convegno Nazionale Associazione tra gli studiosi del processo penale Gian Domenico Pisapia - Torino 26-27 settembre 2008.-